



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB**  
**FACULDADE DE DIREITO – FDD**

HENRIQUE MONTEIRO ARAUJO DE SOUZA

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO:  
ELEMENTOS PARA ANÁLISE DO CASO LEVY FIDELIX**

BRASÍLIA

2018

HENRIQUE MONTEIRO ARAUJO DE SOUZA

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO: ELEMENTOS PARA  
ANÁLISE DO CASO LEVY FIDELIX**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Paulo Henrique Blair de Oliveira

BRASÍLIA

2018

**HENRIQUE MONTEIRO ARAUJO DE SOUZA**

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO:  
ELEMENTOS PARA ANÁLISE DO CASO LEVY FIDELIX**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito, na Universidade de Brasília, sob orientação do Prof. Dr. Paulo Henrique de Oliveira Blair.

Data da defesa: 06 de dezembro de 2018

Resultado:\_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Paulo Henrique de Oliveira Blair  
UnB

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Livia Gimenes Dias da Fonseca  
UnB

---

Prof. Dr. Guilherme Scotti  
UnB

---

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto (Suplente)  
UnB

*“What is straight? A line can be straight, or a street, but the human heart, oh, no, it's curved like a road through mountains.” (Tennessee Williams)*

## **RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo analisar, sob o prisma da liberdade de expressão e da legitimidade da proibição do discurso de ódio, as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo na ação proposta contra o candidato à Presidência da República Levy Fidelix em razão do teor do discurso proferido em debate presidencial, em que o presidencialista teria ofendido a comunidade LGBT. Utilizando, portanto, as teorias argumentativas que buscam fundamentar a proteção à liberdade de expressão, assim como os conceitos envolvidos na defesa da proibição do chamado “discurso de ódio”, busca-se demonstrar a complexidade do tema e a necessidade de uma apreciação adequada sobre a questão. Nesse sentido, critica-se as decisões tomadas no caso analisado, em razão da ausência de argumentos válidos que possam fundamentar um julgamento sobre valores tão importantes quanto à liberdade de expressão e a proteção às minorias.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Discurso de ódio, Direito LGBT

## **ABSTRACT**

This research aims to analyze, from the point of view of freedom of expression and the legitimacy of prohibiting hate speech, the decisions made by São Paulo's State Court in the proceedings against the presidential candidate Levy Fidelix due to the content of his speech in the presidential debate, in which would have offended the LGBT community. Employing, therefore, the argumentative theories that strive to substantiate the protection of the freedom of speech principle, as well as the concepts involved in the defense of the so called "hate speech", the research aims to demonstrate the complexity of the subject and the need to adequately appreciate the issue at hand. In this context, criticisms are drawn in regards to the decisions made in the aforementioned case, in view of the lack of valid arguments that might justify a trial concerning values as important as freedom of speech and the protection of minority rights.

Key words: Freedom of speech, Hate Speech, LGBT.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1.1 A construção da liberdade de expressão como direito fundamental.....</b>	<b>10</b>
<b>1.2 Por que a liberdade de expressão deve ser protegida.....</b>	<b>13</b>
1.2.1 As justificativas consequentialistas ou instrumentais.....	14
1.2.2 As justificativas não-consequentialistas ou constitutivas .....	17
<b>1.3 Exceções à Liberdade de Expressão.....</b>	<b>19</b>
1.3.1 Fighting Words.....	20
1.3.2 Direito à Honra.....	21
1.3.3 Propaganda Comercial .....	22
1.3.4 Pornografia .....	22
<b>2. O DISCURSO DE ÓDIO.....</b>	<b>24</b>
<b>2.1 O que é o discurso de ódio e quais são suas modalidades? .....</b>	<b>24</b>
2.1.1 Difamação .....	25
2.1.2 Vilificação .....	28
2.1.3 Ato de trivializar, justificar ou negar ações de crueldade ou violência em massa de minorias .....	29
2.1.4 Promoção e defesa de políticas excludentes e/ou eliminatórias.....	30
<b>2.2. Proibição do discurso de ódio: violação à legitimidade democrática ou exceção permitida à liberdade de expressão? .....</b>	<b>32</b>
<b>2.3. Proibição do discurso de ódio no Brasil e no Mundo .....</b>	<b>37</b>
<b>3. O CASO LEVY FIDELIX .....</b>	<b>40</b>
<b>3.1 Breve relato do caso.....</b>	<b>40</b>
<b>3.2 O julgamento do caso em primeiro grau .....</b>	<b>41</b>
<b>3.3 O julgamento da apelação .....</b>	<b>44</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>51</b>

## INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão exerce importante papel de garantir a possibilidade de manifestar intenções, opiniões, ideias, julgamentos e sentimentos sem intromissão da sociedade ou do poder público, como um direito fundamental, protegido pela maior parte das Constituições democráticas, e que ocupa uma posição central nos direitos dos cidadãos por todo o mundo<sup>1</sup>. Todavia, discussões sobre os limites da liberdade de expressão tomaram novas proporções, tendo em vista a utilização de manifestações para oprimir e demonstrar opiniões vexatórias de grupos sociais minoritários.

Nesse contexto, mostra-se uma aparente tensão entre a liberdade de expressão e a igualdade. A liberdade de expressão protege as manifestações individuais, garantindo a todos os cidadãos a possibilidade de expressar suas ideias de maneira livre e desimpedida, independentemente de controle estatal relativo ao conteúdo propagado<sup>2</sup>. O direito material à igualdade conclama a garantia de meios adequados que garantam a proteção dos indivíduos contra quaisquer discriminações, incluindo, portanto, a proteção de minorias contra situações em que são confrontadas com ódio e violência, simplesmente por pertencer a um grupo não-dominante.

Nos últimos anos, o discurso de ódio tomou uma nova proporção. A utilização de declarações polêmicas, preconceituosas e que, em muitos casos, destilava o ódio sobre os negros, indígenas, mulheres e os LGBT se tornou cada vez mais recorrente na arena política. No entanto, tal discussão tem sido minimizada por boa parte da população, que tende a ver tais manifestações como um simples exercício do direito à liberdade de expressão.

É nesse mesmo contexto que se coloca o debate sobre a liberdade de expressão e a proibição dos chamados discursos de ódio contra a população LGBT. É necessário, portanto, compreender as nuances desse processo de manifestação política e até que ponto ele causa danos à imagem e à dignidade da população atingida.

---

<sup>1</sup> SIMÃO, José Luiz de Almeida, RODOVALHO, Thiago. A Fundamentalidade do direito à liberdade de expressão: As justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. v. XIII. N° 1. Porto Alegre. 2017. p. 203-229.

<sup>2</sup> “A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 403.



Em busca de compreender até que ponto devemos proibir esse tipo de conduta, inicialmente, no primeiro capítulo, examina-se a liberdade de expressão de forma a entender os aspectos teóricos que justificam sua aplicação, além de determinar quais são as exceções aplicadas normalmente a esse princípio. Na Seção 1.1, faz-se o recuo histórico necessário a fim de se traçar o caminho percorrido quanto à ideia de liberdade como direito fundamental, ao longo dos paradigmas constitucionais até a consagração do atual Estado Democrático de Direito. Em seguida, na Seção 1.2, analisa-se a inserção da proteção à liberdade de expressão no atual paradigma, discutindo o entendimento das escolas consequencialista e constitutiva. As exceções à liberdade serão analisadas na Seção 1.3, em que serão apresentados breves comentários acerca de (a) doutrina das *fighting words*, (b) direito à honra, (c) propaganda comercial e (d) pornografia.

No segundo capítulo, na Seção 2.1, busca-se delimitar um conceito de discurso de ódio, que não encontra significado assente na doutrina, identificando as suas possíveis modalidades em quatro categorias: (i) difamação de grupo; (ii) vilificação de grupo; (iii) negação ou justificação de atos de violência ou crueldade em massa; (iv) promoção de políticas excludentes e/ou eliminatórias. De posse destes conceitos, na Seção 2.2, enfrenta-se, então, a questão teórica chave da coexistência entre liberdade de expressão e legislações contrárias ao discurso de ódio, por meio da discussão entre Dworkin e Waldron sobre a legitimidade política. Na tentativa de enquadrar o Brasil no cenário internacional, no que diz respeito à tipificação do discurso de ódio, em detrimento da proteção irrestrita à liberdade de expressão, algumas considerações sobre as experiências brasileira e internacional são feitas na Seção 2.3.

No último capítulo, a fim de demonstrar a necessidade de aprofundamento teórico dessas questões, analisa-se o caso Lévy Fidélis, do Tribunal de Justiça de São Paulo. Na Seção 3.1, faço breve relato acerca do ocorrido, discorrendo sobre o julgamento em primeiro grau na Seção 3.2 e sobre o julgamento de apelação na Seção 3.3.

Espera-se, ao final deste trabalho, ter reunido os conhecimentos teóricos necessários para adequadamente endereçar a discussão do aparente embate entre a proteção das minorias e a liberdade de expressão. A partir do estudo de caso conduzido no terceiro capítulo, espera-se evidenciar a superficialidade com o que o tema tem sido discutido e a necessidade de aprofundar as pesquisas e difundir os conhecimentos sobre o tema.

## **1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

### **1.1 A construção da liberdade de expressão como direito fundamental**

Em virtude das grandes mudanças ocorridas na interpretação quanto à liberdade de expressão e à proteção as minorias, faz-se, neste capítulo, uma explicação breve sobre os paradigmas constitucionais da modernidade e suas interpretações sobre os direitos de liberdade e de igualdade. A partir da discussão sobre os limites da liberdade de expressão em relação a manifestações consideradas ofensivas ao grupo LGBTIQ, convém analisar, ainda que de forma sucinta, a compreensão desses valores e o papel que desempenham no paradigma do Estado Democrático de Direito, bem como de que maneira as impressões contemporâneas sobre estes conceitos são afetadas pelos paradigmas anteriores.

No cotejo entre a liberdade de expressão e a proteção das minorias, dois direitos extremamente pertinentes, faz-se útil considerar a própria formação do que entendemos como Estado Democrático de Direito e os valores intrínsecos a essa formação. É também notável que as formas de proteção de qualquer direito são influenciadas pelo entendimento dos intérpretes das leis sobre o funcionamento da sociedade e quais valores devem ser considerados prioritários no julgamento de qualquer caso.

Nesse sentido, utilizar-se-á o conceito de paradigma constitucional, muito bem aplicado pelo professor Menelick de Carvalho Netto, para demonstrar o pano de fundo da linguagem que condiciona, de certo modo, a capacidade de pensar de todos aqueles inseridos no Estado Democrático de Direito enquanto paradigma<sup>3</sup>.

Não se busca, aqui, conduzir uma análise histórica acerca da definição assumida por estes direitos ao longo do tempo, mas demonstrar a forma como a valoração dos dois ideais compõe o pano de fundo da linguagem jurídica e direciona também, de certa forma, o resultado de certas interpretações sobre a permissividade (ou não) do discurso de ódio no Estado Democrático de Direito. A relevância do debate reside, portanto, no próprio funcionamento do que entendemos ser a democracia e o seu papel na proteção das minorias enquanto participantes iguais do viver político.

O interesse em limitar os poderes estatais, afastando-se da figura absolutista que reinava até então de forma irrestrita, deu início ao paradigma que se conhece como Estado de Direito,

---

<sup>3</sup>DA SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*. v. 173. Jul/Set 1998. p. 15-34. Disponível em:<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/%20viewFile/45920/44126>>. Acesso em: [8 out.2018].

no qual as ideias da desconfiança dos entes públicos, representados na época por monarcas autoritários e despóticos, e a necessidade de um Estado mínimo que realizasse somente as atividades primordiais, sem interferir na esfera individual dos cidadãos eram centrais. Nas palavras do professor Menelick de Carvalho Netto:

Assim, o paradigma do Estado de Direito ao limitar o Estado à legalidade, ou seja, ao requerer que a lei discutida e aprovada pelos representantes da "melhor sociedade" autorize a atuação de um Estado mínimo, restrito ao policiamento para assegurar a manutenção do respeito àquelas fronteiras que asseguravam o mais pleno exercício às liberdades individuais anteriormente referidas e, assim, garantia-se o livre jogo da vontade dos atores sociais individualizados, vedada a organização corporativo-coletiva, configurando, aos olhos dos homens de então, um ordenamento jurídico de regras gerais e abstratas, essencialmente negativas, que consagram os direitos individuais ou de primeira geração, uma ordem jurídica liberal clássica<sup>4</sup>

Nesse contexto, nascem os direitos individuais, que buscavam resguardar a população dos excessos que pudessem ser cometidos por um Estado descontrolado. Dentre esses, encontrava-se a liberdade de expressão, classicamente considerada como um direito de primeira geração<sup>5</sup>. Em sua origem, era vista pelo prisma de uma liberdade negativa, ou seja, a ausência de obstáculos ou impedimentos para se agir, que era oposta em relação à esfera pública<sup>6</sup>. Nesse sentido, a liberdade na esfera individual consistia na possibilidade de realizar tudo aquilo que não fosse proibido pelas leis.

Dessa forma, havia uma contraposição entre as faculdades do indivíduo e do poder público: o Estado deveria se manter inerte, exceto nas mais específicas exceções, enquanto o particular possuía amplos poderes para realizar o que quisesse, levando em consideração somente as condutas proibidas por um mínimo de regras. Dessa forma, a liberdade de expressão adveio do tolhimento dos poderes do Estado em censurar os pensamentos políticos contrários aos interesses governamentais da época<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 34.

<sup>5</sup> Na classificação cunhada por Karel Vasak, os direitos humanos podem ser divididos em três gerações diferentes, sendo elas ligadas a cada um dos valores principais da Revolução Francesa. Na primeira geração, os direitos estão conectados à ideia de liberdade, sendo consagrados, portanto, os direitos individuais e políticos. A segunda geração de direitos se relaciona com o conceito de igualdade, de modo que fazem parte de tal classificação os direitos socioeconômicos e culturais, dessa vez focados no coletivo e não no individual. A terceira geração, e última, na classificação clássica se refere aos direitos transindividuais, que não possuem titularidade clara, tendo em vista o caráter transindividual que possuem. Essa divisão vem sendo, no entanto, revisitada e alguns autores também sugerem a existência de direitos de quarta e quinta geração. Cf: SILVA NETO, Manoel Jorge. Teoria dos Direitos Fundamentais. In: SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. 22. pp. 665 – 678.

<sup>6</sup> BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Trad. Wamberto H. Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 136-142.

<sup>7</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

Por outro lado, se o então paradigma do Estado de Direito inaugura uma nova lógica de funcionamento social, em que os homens são vistos como formalmente iguais perante a lei, sendo proprietários do seu próprio corpo, ele também ignora a necessidade de se pensar nas desigualdades propagadas pelo modelo e na importância de se estabelecer uma igualdade material<sup>8</sup>. Então, em razão do que o professor Menelick de Carvalho Netto chama de “o período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história”, surgiu o chamado Estado Social, em que a organização política visava materializar os direitos até então formais por meio da criação dos direitos de segunda geração (direitos sociais e coletivos) e pela redefinição do conceito da liberdade:

[...] liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, minimamente, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material, equitativa<sup>9</sup>.

Nessa lógica, mostra-se clara a maior importância dada ao conceito de igualdade no paradigma constitucional do Estado Social. Assim, o sistema jurídico-político, que até então funcionava baseado em um modelo que enfatizava a liberdade, garantindo somente uma igualdade formal perante a lei, evoluiu para um sistema de fato consciente das desigualdades entre os diversos indivíduos que compõem a sociedade.<sup>10</sup>

Há também uma mudança importante sobre o papel do Estado, que passa a funcionar como provedor de serviços e bens para os cidadãos, na busca de materializar os direitos assegurados. No entanto, criou-se uma dependência estatal por parte dos cidadãos, que somente eram vistos como “massa de manobra” e não titulares do poder estatal. O clientelismo criado pelo modelo, acabou por extinguir as garantias formais que existiam anteriormente.<sup>11</sup>

Considerando o fluxo constante de informações existentes na sociedade, bem como a pluralidade de personalidades e interesses, não foi possível manter o modelo clientelista apresentado pelo paradigma do Estado Social. Desse modo, a ruptura do antigo sistema gerou a criação do paradigma atual, o Estado Democrático de Direito.

Nessa nova concepção, são ressignificados os direitos de primeira e de segunda geração presentes nos antigos paradigmas, considerando tanto a perspectiva das garantias individuais

---

<sup>8</sup> Ibidem. 25-44.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 25-44.

<sup>11</sup> CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. v. 1. 167. p.

quanto a necessidade de uma participação política ativa por parte de todos os indivíduos, que se reconhecem como membros iguais de uma mesma sociedade<sup>12</sup>. A igualdade e a liberdade, como partes lógicas desse processo, também assumem uma nova postura, principalmente conforme surgem na sociedade civil grupos sociais compostos por minorias que tinham interesses políticos específicos (mulheres, negros, LGBTQI...).

O Estado Democrático de Direito, portanto, permite a existência de grupos específicos, que têm a liberdade de viver as suas diferenças enquanto parte integrante da sociedade. A ideia de uma massa única e indiferenciada dá espaço para a diversidade, e isso inclui a proteção dos grupos minoritários, assegurando-lhes o direito de expressarem as suas diferenças.

## **1.2 Por que a liberdade de expressão deve ser protegida**

A Constituição de 1988, símbolo do Estado Democrático de Direito no Brasil, permitiu a consolidação de diversos direitos e garantias, visando a participação ativa da população no processo democrático, assim como a proteção dos direitos individuais e sociais, incluindo os grupos minoritários. Sendo assim, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito uniu as antigas liberdades individuais, os direitos sociais e ainda criou os chamados direitos de terceira geração, cuja titularidade não é determinada.

É imprescindível compreender que a liberdade de expressão é uma peça essencial do sistema democrático, não por outra razão, tal direito é protegido constitucionalmente ao prever no art. 5, IV<sup>13</sup>: "livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"; no art. 5, XI<sup>14</sup> que: "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional", e ao dispor no art. 220<sup>15</sup> que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

Se é inegável a sua importância para o estabelecimento e manutenção de um sistema democrático, a definição de quais os discursos devem ser protegidos pelas disposições

---

<sup>12</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

constitucionais mencionadas somente pode ser feita a partir de um esclarecimento sobre quais são as razões que fazem da liberdade de expressão uma garantia essencial para a democracia.

Para que se possa determinar os limites do direito à livre manifestação e quais seriam os discursos protegidos por ele, faz-se necessário compreender as razões pelas quais a liberdade de expressão é um valor protegido pelas democracias ocidentais contemporâneas. Somente com tais benefícios em mente será possível definir as reais consequências de uma proibição dos discursos de ódio.

Os autores comumente dividem as razões para se proteger a liberdade de expressão em dois grupos: as justificativas consequencialistas ou instrumentais, que arguem que há benefícios em se permitir uma livre manifestação de ideias e que eles ultrapassam os eventuais danos causados pelo livre discurso; e as justificativas não-consequencialistas ou constitutivas, que determinam que a restrição ou censura de pensamentos livres é uma afronta aos direitos alheios, de modo que a liberdade de expressão se mostra como um valor em si mesmo, razão pela qual deve ser protegida.<sup>16</sup>

Ainda que essa diferenciação entre a utilização de argumentos consequencialistas ou não na defesa da liberdade de expressão seja um padrão de análise importante, ele se mostra insuficiente para compreender as razões pessoais e políticas pelas quais uma variedade de pensadores de épocas, posicionamentos políticos, e culturas diferentes defendem tal direito. Dessa forma, apresentarei os principais argumentos instrumentais e constitutivos em mais detalhes.

### *1.2.1 As justificativas consequencialistas ou instrumentais*

Consequencialistas como Mill argumentam que, em uma sociedade com livre circulação de ideias e manifestações, as opiniões e ideias “verdadeiras” vão ser reconhecidas em algum ponto<sup>17</sup>. Essa vertente parece ter como pano de fundo o próprio liberalismo do paradigma do Estado de Direito.

Nesse sentido, a livre manifestação de opiniões, sejam elas “boas” ou “ruins”, cria um ambiente mais propício para a geração de novas ideias, o que proporcionaria inovação, tecnologia e, de certa forma, melhores escolhas políticas. Além disso, parte do pressuposto de

---

<sup>16</sup> YONG, Caleb. Does Freedom of Speech include Hate Speech? *Res Publica* 17. 2011. p. 385–403

<sup>17</sup> SIMÃO, José Luiz de Almeida, RODOVALHO, Thiago. A Fundamentalidade do direito à liberdade de expressão: As justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. v. XIII. N° 1. Porto Alegre. 2017. p. 203-229.

que a criação de ideias nocivas ou mesmo mentiras, ainda que possam inicialmente ter algum impacto prático, serão futuramente descartadas, em razão desse impulso que garante que as melhores ideias prevalecerão.

Nesse contexto, encontra-se implícita a ideia de que as críticas aos modelos e convicções apresentados podem criar mudanças positivas para que surjam novos conceitos mais precisos. Nesse sentido, pode-se utilizar a teoria relativa aos conjuntos de ideias cunhada pelo filósofo Edgar Morin para ilustrar a crença profunda de que a pluralidade de opiniões pode desenvolver ideias de maneira positiva. Em sua obra, Morin define dois tipos de conjuntos de ideias: teorias e doutrinas. As “teorias” são conjuntos de ideias abertas para o mundo e que devem conviver com o constante atrito das críticas, o que resulta em seu aperfeiçoamento. Apesar de possuírem um “núcleo duro” que não permite adaptação, para manter-se relevantes, absorvem as críticas possíveis em busca de se manter relevantes. Assim, quando as críticas são dirigidas especificamente à sua base mais profunda e imutável, os meios científicos e filosóficos a descartam em busca de teorias mais adequadas.<sup>18</sup> Morin diferencia, no entanto, “as teorias” daquilo que denomina de “doutrina”, ou seja, conjuntos de ideias que são hermeticamente fechados para o exterior, e que funcionam em um sistema de validação “tudo ou nada”, aceitando somente as informações que as confirmam e negando qualquer informação que as contradigam.<sup>19</sup>

O que torna tal discussão interessante do ponto de vista desse trabalho é o entendimento de que o surgimento de uma teoria ou de uma doutrina está relacionado às circunstâncias em que surge o conjunto de ideias, não sendo uma propriedade essencial de cada sistema, ainda que alguns ambientes sejam mais propensos a criar um dos dois tipos de sistema.<sup>20</sup> Nesse aspecto, Morin defende que em ambientes em que as críticas fluem livremente, como as ciências naturais e a filosofia, tende-se a criar ideias mais maleáveis, que se adaptam e evoluem. Considerando, portanto, a teoria de Morin sobre os conjuntos de ideias, podemos compreender que a existência de um ambiente que promova críticas, permite a evolução das ideias apresentadas, resultando em resultados mais próximos a verdade, ou ao menos mais coerente do ponto de vista lógico.

Assim, a liberdade de expressão se torna peça chave de qualquer sistema que busque a adaptação de novas ideias, pois a liberdade de expressão consiste, exatamente, na possibilidade de lançar críticas aos mais variados tópicos, obrigando os sistemas, ao menos teoricamente, a

---

<sup>18</sup> MORIN, Edgar. Os sistemas de ideias. In: MORIN, Edgar. *O Método*: 4. As ideias, habitat, vida, costumes, organização. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011. Cap. 2. p. 157-183. Tradução de: Juremir Machado da Silva. p. 156-168

<sup>19</sup> Ibidem. p. 156-168

<sup>20</sup> Ibidem. p. 156-168

se tornarem mais abertos para conseguirem se manter relevantes no terreno social. Nesse aspecto, assim como afirmado por Morin, as opiniões mais convincentes no debate público, tenderiam a sobreviver por um processo de adequação às críticas impostas; enquanto as ideias obsoletas seriam descartadas.

É preciso entender que apesar de tal argumento ser bastante popular, a afirmação principal, de que a maior diversidade de opiniões possibilita que os indivíduos sejam mais capazes de reconhecer as ideias verdadeiras, é uma afirmação baseada em conceitos empíricos controvertidos<sup>21</sup>. Além disso, é relevante ressaltar que tal argumento coloca como valor primordial a verdade, o que não é necessariamente a preocupação prioritária em diversas esferas, como explicado por Yong:

Embora em um contexto puramente epistêmico ou para práticas deliberativas, como em pesquisa científica, a verdade possa ter esse valor absoluto, a verdade não parece possuir esse nível de prioridade em outros contextos, especialmente no contexto em que a teoria política está inserida: o da sociedade política.<sup>22</sup>

É completamente possível que outros valores sejam mais relevantes do que a “verdade”, um conceito metafísico que não possui uma delimitação clara fora de um contexto relacional. Em realidade, Johnstone, por exemplo, determina que, ao menos em conceitos filosóficos, não há uma verdade objetiva, pois todo argumento deve ser necessariamente analisado em relação ao argumento utilizado para defendê-lo.<sup>23</sup> De qualquer maneira, é relevante compreender que a defesa do “mercado livre de ideias” é comumente utilizado como argumento por aqueles que clamam pela defesa da liberdade de expressão.

Outro desenvolvimento utilizado para o argumento da descoberta da verdade é que a liberdade de expressão é importante por impedir que a figura estatal seja responsável por fazer um julgamento de valor sobre quais convicções seriam positivas ou negativas. Assim, não somente teria o Estado o poder de decidir os valores a serem respeitados de maneira unilateral, como também é bastante possível que censurasse informações que seriam úteis para a sociedade.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> YONG, Caleb. Does Freedom of Speech include Hate Speech? *Res Publica* 17. 2011. p. 385–403

<sup>22</sup> “While within the context of a purely epistemic or deliberative practice, such as scholarly research, the truth may have this absolute value, it does not seem that the truth has this kind of priority in other contexts, specifically the context with which political theory is concerned—the context of a political society”. Ibidem. p. 385–403,

<sup>23</sup> Johnstone, Henry W. Argument and Truth in Philosophy. *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 18, no. 2, 1957, pp. 228–236. Disponível em: < [www.jstor.org/stable/2104386](http://www.jstor.org/stable/2104386) >. Acesso em: [20 out. 2018].

<sup>24</sup> SIMÃO, José Luiz de Almeida, RODOVALHO, Thiago. A Fundamentalidade do direito à liberdade de expressão: As justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. v. XIII. N° 1. Porto Alegre. 2017. p. 203-229.



Nesse sentido, a chamada “aposta democrática” americana, bastante disseminada nos Estados Unidos, determina que a melhor maneira de proteger a democracia é impedir que o governo tente censurar o discurso por qualquer meio possível também pode ser enquadrada entre as justificativas consequencialistas. Dworkin afirma que, para os seguidores dessa ideia, mesmo regulações voltadas para melhorar o funcionamento democrático, como a imposição de limites para o financiamento de campanhas para cargos públicos, não devem ser permitidas<sup>25</sup>. Nesse caso, acredita-se que o governo não é um ente confiável para definir os critérios de uma regulação mais robusta, sendo, portanto, preferível que se retire tal prerrogativa como um todo, para impedir que importantes opiniões não sejam deixadas de fora do debate, o que diminuiria as probabilidades de que a sociedade tivesse as informações verdadeiras.

Se os argumentos instrumentais enfatizam a ideia de benefícios e perdas na defesa da liberdade de expressão, os defensores da justificativa constitutiva reconhecem a liberdade como um valor moral em si mesmo, sem análises de custo-benefício, conforme exposto por Dworkin:

Não acredito que a liberdade de expressão tenha somente valor instrumental, isto é, que não seja nada além de um meio para a obtenção de um fim mais importante. Ao contrário, essa liberdade constitui um direito humano fundamental por si só.<sup>26</sup>

### *1.2.2 As justificativas não-consequencialistas ou constitutivas*

Em relação ao argumento constitutivo, para os fins dessa pesquisa, abordarei separadamente o argumento de que liberdade de expressão garante a participação dos cidadãos no jogo democrático e a justificativa de que os cidadãos possuem um direito à autonomia, e que, portanto, o Estado deve reconhecer a capacidade de cada cidadão em realizar suas próprias escolhas.

Ressalto que a defesa do jogo democrático também pode ser considerada uma argumentação consequencialista, sempre que o núcleo principal for a própria existência de um efeito positivo causado pela liberdade de expressão, que por sua vez possibilita o jogo democrático, conforme classificado por Simão e Rodovalho<sup>27</sup>. Contudo, partilho da visão de

---

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana: La teoria y la práctica da igualdad*. Buenos Aires. Ediciones Paidós Ibérica. 2003.

<sup>26</sup> “No supongo que la libertad de expresión tenga sólo valor instrumental, esto es, que no sea nada más que un medio para la obtención de un fin más importante. Al contrario, esa libertad constituye en si misma um derecho humano fundamental”. Ibidem. p. 384. Tradução livre.

<sup>27</sup> SIMÃO, José Luiz de Almeida, RODOVALHO, Thiago. A Fundamentalidade do direito à liberdade de expressão: As justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. v. XIII. N° 1. Porto Alegre. 2017. p. 203-229.

Yong, de que os defensores mais conhecidos dessa corrente entendem que existe um direito constitutivo à participação dos cidadãos no sistema democrático<sup>28</sup>.

Defende-se que a livre circulação de opiniões é a peça essencial que permite o funcionamento da democracia, tendo em vista que a participação efetiva da população na condução da máquina política depende do conhecimento sobre as diversas posições existentes, os problemas enfrentados e as soluções possíveis<sup>29</sup>.

Para essa vertente, por se fazer necessário que os cidadãos se engajem na arena política por meio da escolha de representantes eleitos, votação em plebiscitos e até mesmo para que esses possam representar a própria população em cargos públicos variados, faz-se necessário que se conheça sobre a pluralidade de opiniões existentes na sociedade, de modo que as decisões tomadas levem em consideração os pensamentos individuais. No entanto, sob essa perspectiva, discursos pouco conectados com a realidade política, como a arte, não seriam necessariamente cobertos pela proteção desse direito, o que não parece corresponder ao entendimento de grande parte dos autores<sup>30</sup>.

Ademais, considerando que a Constituição também consolida a proteção às minorias, a liberdade de expressão possibilita o surgimento de vozes minoritárias, que poderiam facilmente ser silenciadas caso não houvesse uma proteção a esse direito.

Os defensores do argumento da autonomia defendem que os indivíduos possuem um direito intrínseco de escolher seus próprios caminhos e opiniões, sem interferência estatal. Desse modo, o Estado não pode interferir na livre circulação de ideias pois, assim como afirmado em outras teorias, o poder público não pode determinar quais ideias podem ou não ser benéficas ao cidadão. No entanto, o argumento da autonomia se diferencia por enfatizar o valor da igualdade na possibilidade do discurso. Não é possível que o Estado possa escalonar os diferentes pontos de vista, pois todos os indivíduos têm a capacidade de autonomamente determinar suas convicções por si mesmos. No momento em que os agentes públicos censuram um discurso específico, acabam por violar a igualdade entre essas diferentes convicções apresentadas, desfavorecendo de maneira arbitrária uma visão de mundo.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> YONG, Caleb. Does Freedom of Speech include Hate Speech? *Res Publica* 17. 2011. p. 385–403

<sup>29</sup> SIMÃO, José Luiz de Almeida, RODOVALHO, Thiago. A Fundamentalidade do direito à liberdade de expressão: As justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. v. XIII. N° 1. Porto Alegre. 2017. p. 203-229.

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996

<sup>31</sup> YONG, Caleb. Does Freedom of Speech include Hate Speech? *Res Publica* 17. 2011. p. 385–403

Outra possível vertente do argumento da autonomia é analisada em relação à audiência em contrapartida ao foco no transmissor da mensagem como mencionado anteriormente. Yong explica que o argumento se baseia na ideia de que impedir que o cidadão tenha acesso a determinadas convicções por medo de que essa venha a ser influenciado por ideias falsas violaria a autonomia de cada indivíduo.<sup>32</sup> Partindo da premissa de que os cidadãos são “agentes responsáveis moralmente”, não pode o governo determinar os tipos de manifestações permitidos com base em seu conteúdo<sup>33</sup>.

A infinidade de justificativas existentes para a defesa da liberdade de expressão demonstram não só a importância de tal valor para a sociedade moderna, mas também ensejam uma razão pela grande divergência sobre como e quando o discurso pode ser regulado ou censurado.

### **1.3 Exceções à Liberdade de Expressão**

Apesar da importância considerável que a liberdade de expressão possui no ordenamento jurídico atual em praticamente todo o mundo ocidental, assim como qualquer direito de liberdade, a sua proteção não é e nem poderia ser ilimitada. Permitir que os cidadãos possam expor quaisquer ideias sem nenhum tipo de limite seria ignorar outros valores fundamentais como a honra e a privacidade. Em um Estado Democrático de Direito não se pode permitir uma liberdade irrestrita a ponto de desconsiderar outros direitos fundamentais também assegurados pela ordem constitucional.

Todavia, definir os limites específicos da liberdade de expressão é um trabalho hercúleo. Assim como há diversos argumentos utilizados para defender a livre manifestação de ideias, existem numerosas opiniões sobre quais discursos não estão protegidos pela liberdade de expressão. Se há algum consenso mínimo em questões como as *fighting words*, a possibilidade de se censurar manifestações relativas à pornografia, que afrontem a honra de qualquer indivíduo ou os próprios discursos de ódio, tema do presente trabalho, não está consolidada na doutrina.

Nessa seção, serão abordadas as exceções à liberdade de expressão encontradas no Brasil, considerando também discussões sobre as razões para se proteger determinados

---

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996

discursos mundo a fora. Abordarei brevemente (i) a doutrina das *fighting words*, (ii) direito à honra; (iii) propagando comercial e (iv) pornografia.

### 1.3.1 *Fighting Words*

Em seu art. 220<sup>34</sup>, a Constituição Brasileira consolida à proteção ao direito de livre manifestação determinando que não haverá qualquer tipo de restrição. No entanto, nos parágrafos que o seguem, determina que outros direitos fundamentais devem ser considerados.

Entre os discursos normalmente não cobertos pela proteção oferecida pelos arts. 5º, IV e 220<sup>35</sup>, encontra-se primeiramente a ideia das *fighting words* da doutrina americana. O conceito, traduzido por Mendes, Coelho e Branco como ideias belicosas, refere-se a discursos que “por sua própria manifestação infligem dano ou tendam a incitar uma violação imediata da paz”<sup>36</sup>. A doutrina das *fighting words* se assenta na ideia de que a situação em que esse tipo de manifestação é expressada impede que haja qualquer tipo de discurso que possa neutralizá-lo antes que um dano seja provocado.

Dessa forma, como no exemplo utilizado por Oliver Wendell Holmes<sup>37</sup>, um homem que grita incêndio em um teatro lotado não estaria protegido pela liberdade de expressão, tendo em vista que o surgimento de pânico e tumulto é consequência óbvia de seu ato e que nesse momento, nenhum tipo de discurso poderia conter a multidão assustada. Dessa forma, queda

---

<sup>34</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>35</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>36</sup> “*fighting words, by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace and may be punished consistent with the First Amendment*”. ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. *Chaplinsky v. New Hampshire*. Washington, Março 1942

<sup>37</sup>ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Schenck v. United States*. Decisão de 3 de Março de 1919. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>>. Acesso em: [09 nov. 2018]

demonstrado que o dano é uma característica relevante para se limitar um direito tão essencial quanto esse.

### 1.3.2 *Direito à Honra*

Outra limitação aplicada à livre manifestação se dá quando essa viola especificamente o direito à honra de um indivíduo, direito esse também assegurado constitucionalmente. Tal limitação visa impedir que os indivíduos ajam de forma maliciosa para danificar a reputação de outrem. Nesse quesito, os crimes contra a honra são os melhores exemplos de exceções à liberdade de expressão nesse aspecto, visto que têm um caráter especialmente dissuasório, por serem tutelados pelo direito penal.

As dificuldades de delimitar os limites da liberdade de expressão em relação à honra se iniciam já na definição do conceito de honra. Tendo em vista existir o que se conhece como honra subjetiva, que se refere aos sentimentos interiores do indivíduo, e honra objetiva, que é relacionada à boa imagem que determinado indivíduo possui em sua comunidade.<sup>38</sup>

A divergência sobre qual conceito deve ser utilizado já seria suficiente para exemplificar a dificuldade da questão. Argumenta-se que a utilização da honra subjetiva torna os casos muito discricionários, tendo em vista a impossibilidade de se mensurar de maneira adequada os danos sofridos internamente por outra pessoa.<sup>39</sup> No entanto, os crimes de honra utilizam tal conceito, sendo que a injúria é um crime cujo bem jurídico tutela é a honra em sua dimensão subjetiva<sup>40</sup>.

Organizações internacionais já se manifestaram sobre a importância de se revogar as leis penais que cerceiam a liberdade de expressão em razão da honra, por acreditar que são medidas muito extremas para a situação: “[a] difamação penal não é uma restrição justificável à liberdade de expressão; [os Estados] devem revogar todas as leis criminais de difamação e substituí-las, se necessário, por leis apropriadas de difamação civil”<sup>41</sup>.

Ademais, é comum que surjam novos limites para a livre manifestação de pensamento em casos de conflito entre diferentes direitos fundamentais, o que exige uma ponderação dos princípios envolvidos, não havendo uma limitação específica anterior. Nesse caso, é também completamente possível que a proteção à liberdade de expressão não seja aplicada em um caso

---

<sup>38</sup> BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros Internacionais do Direito à Liberdade de Expressão. *RIL Brasília* a. 53 n. 210 abr./jun. 2016 p. 93-115.

<sup>39</sup> BENTO, Leonardo Valles. *Ibidem*.

<sup>40</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial*, arts. 121 a 249. 7a ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>41</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Conjunta dos Relatores Especiais da ONU e da OEA sobre Liberdade de Expressão*. 2002.

concreto em favor de outro direito fundamental visto como mais relevante naquela circunstância específica, como por exemplo, segurança, defesa da criança e do adolescente etc.

### 1.3.3 *Propaganda Comercial*

A Constituição, no § 4º parágrafo do art. 220, além de vedar a censura, também constata que a propaganda comercial de diversos produtos considerados como nocivos ou possivelmente perigosos está sujeito a restrições.

A propaganda comercial, por sua vez, aparece como uma área cinzenta, restando dúvidas sobre a possibilidade de que o direito à liberdade de expressão a socorra. Ainda não existe um consenso sobre o alcance da liberdade de expressão em relação às propagandas. Alguns doutrinadores consideram a publicidade uma manifestação de ideias, fruto do desdobramento do direito à informação, visto que fornece ao consumidor informações essenciais para que este faça uma escolha consciente, e que por isso deve estar protegida pela liberdade de expressão<sup>42</sup>. Entretanto, defende-se também que, por ter como objetivo principal despertar no consumidor à vontade de adquirir determinado produto, e não os informar sobre os produtos, não está dentro da categoria de ideias que a liberdade de expressão visa proteger<sup>43</sup>. Nesse sentido, aguarda-se o julgamento da ADI 3311 que pede a inconstitucionalidade de regulação que impediu a propaganda televisiva de tabaco.

### 1.3.4 *Pornografia*

A pornografia também é alvo de críticas enquanto parte protegida do discurso. Argumenta-se que certos tipos de pornografia reforçam padrões de violência e submissão da mulher, e que por essa razão, deveriam ser proibidos. Ademais, afirma-se que a sexualização exagerada da pornografia prejudica a credibilidade feminina no ambiente político, gerando um padrão de desigualdade. Aqueles que acreditam que a pornografia deveria ser uma exceção à regra também argumentam que a pornografia altera a percepção dos homens em relação aos papéis que devem ser desempenhados pelas mulheres, o que as impede de possuir posições políticas de destaque, por exemplo<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, p.31-50, abr/ 2001.

<sup>43</sup> NEVES, Fabiana Nogueira. Liberdade de Expressão Comercial: um direito fundamental ou apenas mais um slogan publicitário? In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 22., 2009, Curitiba. *GP Publicidade e Propaganda do IX Encontro dos Grupos/Núcleos de Pesquisa em Comunicação*. Curitiba: Intercom - Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2009. p. 1 - 14.

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996

Dworkin, por exemplo, discorda dessa argumentação por acreditar primeiramente que não há uma comprovação de que o consumo de pornografia e a violência sexual esteja interligada, e, portanto, impedir a publicação desse tipo de pornografia violaria à autonomia dos cidadãos, impedindo-os de determinar eles mesmos o que pode ou não ser visto<sup>45</sup>.

Apesar do argumento a favor da proibição da pornografia não ter tido muito sucesso politicamente, afinal, pouquíssimas são as normas que impedem a venda, filmagem ou produção desse tipo de material, é extremamente comum que se imponha as chamadas “restrições de tempo e lugar”. Esse tipo de restrição regula tais manifestações a locais e momentos específicos, permitindo que aqueles que de fato têm interesse em obtê-lo consigam, ao mesmo tempo em que dificulta o acesso e garante que esse material não seja visto por aqueles que ainda não são considerados agentes moralmente responsáveis<sup>46</sup>.

Da mesma forma, o discurso de ódio também se encontra em uma posição instável em relação à proteção da liberdade de expressão. Apesar de diversas jurisdições possuírem leis específicas proibindo esse tipo de manifestação, a Suprema Corte estadunidense, por exemplo, defende que tal forma de discurso é protegida pela liberdade de expressão e não pode ser censurada. Há sem dúvida um descompasso mesmo na própria academia sobre tal possibilidade. Entretanto, em razão do caráter especialmente relevante do assunto, utilizarei um capítulo inteiro para me dedicar melhor a essa questão específica.

---

<sup>45</sup> Ibidem.

<sup>46</sup> BROWN, Alexander. *Hate Speech Law: A Philosophical Examination*. New York: Taylor & Francis, 2015.

## 2. O DISCURSO DE ÓDIO

### 2.1 O que é o discurso de ódio e quais são suas modalidades?

Conceituar o discurso de ódio não é uma tarefa tão simples quanto pode parecer. Ainda que utilizado frequentemente, não só por operadores do direito, mas também por jornalistas, escritores e mesmo cidadãos em sua esfera privada, o termo parece não possuir um conceito único claramente definido<sup>47</sup>. Nesse sentido, o termo vem sendo conceituado de forma ampla, o que dificulta uma compreensão técnica sobre o que de fato consistiria no discurso de ódio. Nesse sentido, inúmeros tipos de manifestação podem ser considerados discursos de ódio ou não, dependendo das circunstâncias e da definição adotada.

Sarmiento, por exemplo, define o termo como “manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados a etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores”<sup>48</sup>. Da mesma forma, Brugger<sup>49</sup> afirma que “o discurso do ódio se refere a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”.

Dessa forma, nota-se que é comum a identificação da categoria em razão dos seus efeitos: “capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação” ou em razão da motivação por trás do discurso: “motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual”. Logo, mostra-se que a utilização do modo como o discurso é expressado não faz parte de grande parte dos conceitos apresentados, por exemplo.

Por essa razão, como bem colocado por Brown, o termo parece caminhar para um esvaziamento, uma vez que é utilizado para descrever quaisquer discursos que não agradam a audiência para quem são feitos, sem qualquer rigidez técnica.<sup>50</sup> Isso se deve, em grande parte, à dificuldade de prever as inúmeras possibilidades de como tal discurso pode ser expressado. Dessa forma, comumente se define o discurso de ódio como uma declaração que visa expressar agressividade ou preconceito contra um grupo que partilha de determinadas características, sem definir o modo como tais manifestações se dão.

---

<sup>47</sup> BROWN, Alexander. *Hate Speech Law: A Philosophical Examination*. New York: Taylor & Francis, 2015.

<sup>48</sup> SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006.

<sup>49</sup> BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n.15, p.117-136, jan./mar. 2007

<sup>50</sup> BROWN, Alexander. Opus Citatum.



Logo, acredito ser importante ilustrar pelo menos algumas espécies de discurso de ódio. Por meio da distribuição de Brown dos tipos de leis contrárias ao discurso de ódio, podemos estabelecer ao menos um marco sobre quais tipos de ação se encontrariam abarcadas pelo conceito mencionado. Em seu livro, o autor indica que há uma pluralidade de leis cujo propósito genérico é regular o discurso de ódio, mas que possuem objetos diferentes, descrevendo condutas específicas e utilizando instrumentos diversos. Dessa forma, tenta realizar uma lista razoavelmente compreensiva de todas as espécies de leis existentes.<sup>51</sup>

Utilizando tal enumeração como ponto de partida, irei analisar as variáveis apresentadas pelo autor, com o objetivo não de reconhecer a pluralidade de legislações, mas buscando compreender a gama de manifestações que podem ser incluídas no conceito de discurso de ódio. Não estou à procura de um grupo taxativo que indique todas as possíveis manifestações que compõe esse tipo de discurso. Apresento, no entanto, diversas opções exatamente por acreditar que a enumeração de tais categorias nos dá os instrumentos para reconhecer os mais comuns tipos de manifestações abarcadas no conceito.

Ao passo que Brown chega ao resultado de dez diferentes grupos em que se pode alocar as leis mencionadas, por entender que em diversos casos, a diferença está particularmente nos instrumentos utilizados pela lei para coibir tal discurso e não em sua verdadeira natureza, minha lista possui somente 4 elementos: (i) difamação; (ii) vilificação de grupo; (iii) ato de trivializar, justificar ou negar ações de crueldade ou violência em massa de minorias; (iv) promoção de políticas excludentes e/ou eliminatórias.

### 2.1.1 *Difamação*

A primeira categoria ressalta o aspecto de proteção da honra objetiva do grupo minoritário alvo das palavras ou ações descritas. Nesse sentido, a difamação de grupo consiste na atribuição de condutas ou descrições negativas que possam influenciar a forma como a sociedade vê os grupos vítimas desse tipo de prática, o que é considerado um discurso de ódio<sup>52</sup>.

Eis porque manifestações feitas frequentemente comparando, por exemplo, membros da comunidade LGBT com pedófilos são consideradas formas de difamação de grupo. Se a pedofilia é uma ação considerada desprezível e passível de sanção criminosa no ordenamento brasileiro, a comparação naturalmente afeta o status social dos LGBT. Da mesma forma, afirmar que “indígenas seriam preguiçosos e desonestos” também seriam formas de difamar o

---

<sup>51</sup> BROWN, Alexander. *Hate Speech Law: A Philosophical Examination*. New York: Taylor & Francis, 2015. p. 19-320.

<sup>52</sup> WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

grupo minoritário, atribuindo traços claramente negativos aos membros da comunidade indígena.

Brown diferencia o uso da difamação “catchall” e a difamação *stricto sensu* ao abordar as legislações pertinentes ao tema. Ao passo que a primeira classificação englobaria qualquer tipo de atribuição negativa, sem delimitação específica do que ensejaria a aplicação da lei, o seu traço marcante é particularmente o fato de não ser necessário que os traços negativos apresentados possam ser necessariamente considerados falsos<sup>53</sup>. A segunda categoria, no entanto, exige que além da declaração que atribua conotações negativas aos indivíduos de determinada minoria, a declaração seja passível de comprovação e que ela seja falsa<sup>54</sup>. Dessa forma, enquanto no primeiro caso nem mesmo deve se considerar sobre a veracidade do discurso proferido, a difamação *stricto sensu* requer que a manifestação inclua ideias enganosas para ser considerada um discurso de ódio, e, portanto, ser sancionada conforme a lei.

Tal distinção, apesar de ser relevante na análise de leis, como no caso de Brown, não deve ser contemplada em uma tentativa de explicar a natureza do discurso de ódio. Inicialmente, uma discussão do que pode ser constatado como “verdade” em casos como os retratados nesse projeto não me parece trivial. Um estudo científico sobre uma classe inteira de pessoas em aspectos tão subjetivos como “honestidade” ou “inteligência” seria extremamente complexo e sujeito a diversos tipos de limitações antes de poder consubstanciar uma defesa.

Em razão da relevância dessa espécie de discurso de ódio e da maneira recorrente como é difundida, Waldron, por exemplo, sugere que o termo “discurso de ódio” deveria ser substituído pela concepção de difamação de grupo, pois a palavra “ódio” equivocadamente remete à ideia de que se pretende mudar os sentimentos internos dos indivíduos<sup>55</sup>. Como se os pensamentos privados dos cidadãos que refletissem concepções negativas sobre esse grupo fossem proibidos. Na verdade, de acordo com o autor, é a expressão dessas ideias que deve ser limitada, e especificamente em maneiras que podem ser perpetuadas pelo tempo, o que aumenta o dano causado. Sendo a razão que justifica a proibição os efeitos prejudiciais que esse tipo de manifestação causa nos grupos afetados não a ilegalidade dos próprios sentimentos de desprezo ou ódio<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> BROWN, Alexander. *Hate Speech Law: A Philosophical Examination*. New York: Taylor & Francis, 2015., Alexander. p. 20.

<sup>54</sup> “First, the defendant has published or uttered in public a statement of fact (or claim, contention, assertion, or allegation that amounts to a statement of fact) pertaining to members of groups or classes of persons identified by certain ascriptive characteristics. Second, the statement admits of falsification (i.e., it can be proven true or false by recognized standards of evidence gathering and empirical inquiry) and is false”. Ibidem. p.21

<sup>55</sup> WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 34-36.

<sup>56</sup> WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 34-36.

Waldron entende que é o papel dos indivíduos e a posição social que ocupam que são prejudicados quando afirmações discriminatórias são feitas. Assim, faz um paralelo entre a tipificação criminal da difamação e a proibição do discurso de ódio, explicitando que a razão pela qual alguns países utilizam o direito penal como instrumento de sanção para esse tipo de conduta é a proteção da “ordem pública”<sup>57</sup>. No entanto, em seu entendimento, a “ordem pública” abrange mais do que a ideia de manutenção da paz, sendo que a proteção do status legal e social de cada indivíduo também seria uma parte relevante desse instituto<sup>58</sup>. Dessa forma, proibir esse tipo de discurso garante a igualdade dos cidadãos, garantindo que todos tenham o seu papel social e a sua dignidade respeitados.

Afirma-se que esse tipo de comportamento, apesar de incentivar a discriminação, não poderia ser censurado, pois acredita-se que em razão do seu conteúdo cognitivo claro e da sua pretensão de veracidade, esse tipo de discurso pode ser refutado em bases argumentativas. Desse modo, a existência de um discurso lógico que prove que a comparação ou atribuição dessas características é esdrúxula seria a melhor forma de confrontar esse tipo de manifestação preconceituosa<sup>59</sup>. Discordo parcialmente dessa posição, pois acredito que ainda que se utilize do poder da argumentação para contrariar a difamação feita, os danos à imagem e a dignidade mínima já haveria ocorrido, independentemente da possibilidade de se contradizer as asserções. A dignidade básica que garante que “cada membro de cada grupo deveria ser capaz de viver a sua vida com a certeza que não precisarão enfrentar hostilidade, violência, discriminação ou exclusão”<sup>60</sup> já teria sido comprometida.

Importante ressaltar que Waldron utiliza o conceito de difamação de maneira extremamente ampla, de maneira a abranger outras condutas além daquela descrita acima. De qualquer maneira, acredito ser válido dividir as condutas ainda com um propósito didático de demonstrar as diversas maneiras como o discurso de ódio pode aparecer.

---

<sup>57</sup> Ibidem. p. 45-46.

<sup>58</sup> “*They are set up to vindicate public order, not just by preempting violence, but by upholding against attack a shared sense of the basic elements of each person’s status, dignity, and reputation as a citizen or member of society in good standing—particularly against attacks predicated upon the characteristics of some particular social group*”. Ibidem. p. 46.

<sup>59</sup> YONG, Caleb. Does Freedom of Speech include Hate Speech? *Res Publica* 17. 2011. p. 385–403

<sup>60</sup> “*each member of each group, should be able to go about his or her business, with the assurance that there will be no need to face hostility, violence, discrimination, or exclusion by others.*” WALDRON, Jeremy. Opus Citatum. p. 4.

### 2.1.2 Vilificação

A vilificação, por sua vez, é uma manifestação cujo propósito principal é insultar, ferir ou intimidar o ouvinte<sup>61</sup>. Nesse sentido, a utilização de xingamentos e ameaças ou até gestos ou símbolos ameaçadores são capazes de caracterizar esse tipo de discurso, como por exemplo, a pichação de uma suástica nazista ou uma placa com palavras ofensivas para determinados grupos.

Yong apresenta uma distinção relevante em relação ao conflito entre a liberdade de expressão e a vilificação de grupo, apresentando diferenças em relação ao público para qual a manifestação é direcionada. Enquanto a vilificação dirigida é um tipo de discurso de ódio realizado com o objetivo de atingir um indivíduo ou pequeno grupo particular conhecido, a vilificação difusa é direcionada para uma audiência indeterminada ou simpatizante das ideias<sup>62</sup>.

Yong trata as categorias de forma diferenciada, determinando que a vilificação dirigida não é nem mesmo protegida pela liberdade de expressão, enquanto a vilificação difusa, apesar de coberta pela liberdade de expressão, pode ser regulada em determinados casos.

A primeira categoria constitui uma agressão pessoal, visto que é direcionada especificamente para um alvo conhecido e cujo propósito principal não pode ser outro senão assustar e/ou demonstrar desprezo pela vítima. Não há interesse, portanto, em apresentar uma ideia para diálogo. Não se poderia esperar que uma manifestação discriminatória dirigida especificamente a indivíduo que faça parte de uma minoria tenha intenção de iniciar um diálogo, visto que o emissor propositalmente escolhe uma maneira agressiva de expressar sua mensagem.<sup>63</sup> Não se pode alegar a existência de um interesse social na manifestação desse tipo de discurso, tendo em vista que ele nada pretende expressar além de ameaças para seus alvos:

o direito à liberdade de expressão é minimamente envolvido, se estiver envolvido de alguma maneira, porque a finalidade não é comunicar uma opinião ou mensagem com algum conteúdo cognitivo, mas sim induzir um certo estado psicológico em seus alvos<sup>64</sup>.

A vilificação difusa, por sua vez, apesar de ainda se fundar na agressividade do discurso, pode, de fato, expressar uma opinião com conteúdo específico e intenção de iniciar uma discussão. Por ser difundido para uma audiência naturalmente simpatizante ou ampla, o discurso não possui o caráter pessoal. É importante ressaltar que o objetivo central ainda é o de lesar o grupo minoritário alvo. De acordo com Yong, o fato de que indivíduos utilizam uma

---

<sup>61</sup> YONG, Caleb. Does Freedom of Speech include Hate Speech? *Res Publica* 17. 2011. p. 385–403

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> Ibidem.

<sup>64</sup> "Free speech rights and interests are very minimally implicated, if at all, because the aim is not to communicate an opinion or message with any cognitive content, but rather to induce certain psychological reactions in its targets" Ibidem.p. 396.

forma de expressão altamente hostil indica que comunicar uma opinião não é o objetivo principal, visto que comumente, pessoas que desejam apresentar opiniões impopulares são cuidadosas para não ofender a sua audiência<sup>65</sup>.

No entanto, ainda que a intenção seja predominantemente voltada para insultar uma minoria específica, em geral possui como finalidade também alertar, convencer ou contradizer outros membros do círculo social exposto à mensagem.<sup>66</sup> Dessa forma, parece certo que existe um conteúdo a ser transmitido, ainda que ele tenha um caráter discriminatório e conflitante com valores primordiais da democracia.

Nesse caso, Yong defende que se há inicialmente proteção de tal discurso pelo direito à liberdade de expressão, a utilização de instrumentos de regulação é justificada em razão da intenção principal do discurso: de insultar, ameaçar e lesar um grupo minoritário<sup>67</sup>. Há poucas razões para proteger manifestações realizadas somente para causar danos a psique de outros, tendo em vista a possibilidade de exprimir tais opiniões de maneira mais moderada. Isso enseja, contudo, uma possibilidade de que o Estado julgue o que considera ser a forma adequada de expressão, o que pode resultar em censura desmensurada.

### *2.1.3 Ato de trivializar, justificar ou negar ações de crueldade ou violência em massa de minorias*

A terceira categoria consiste no ato de negar ou justificar atos de tortura e crueldade em massa em relação a determinados grupos. Por exemplo, a negação da ocorrência do holocausto e a afirmação de que o massacre é uma invenção dos judeus para ganhar simpatia.

A proibição desse tipo de comportamento se encontra no fato de que a negação de tais massacres desmerece a dor e o sofrimento sofrido pelas vítimas, além de retirar o que, em vários casos, faz parte de uma identidade social daquele grupo, violando, assim, a igualdade e dignidade de todos os indivíduos<sup>68</sup>. Ressalto também que que nessa categoria não se encontram as manifestações que visam a exaltar ou glorificar a violência em massa, tendo em vista serem condutas absolutamente diferentes a meu ver, sendo que a exaltação produz efeitos muito mais

---

<sup>65</sup> “Indeed, the choice of outrageous symbolic behaviour is strong indication that political advocacy, or the communication of some evaluative opinion was not the main intention in these and similar cases; people who genuinely wish to offer their views in a deliberative process do not resort to calculatedly offensive displays. In fact those who wish to communicate unpopular views generally take great care not to cause undue offence in the expression of their views so that they will get a fair hearing”. Ibidem.p. 398.

<sup>66</sup> Ibidem. p. 385–403.

<sup>67</sup> Ibidem. p. 385–403.

<sup>68</sup> STEUER, Max. The (Non)Political Taboo: Why Democracies Ban Holocaust Denial? *Sociología*. Vol. 49. No. 6, 2017.

nocivos. Em razão disso, acredito que a exaltação de massacres se encontra na categoria de promoção de políticas eliminatórias, que será analisada logo mais.

É recorrente que esse tipo de discurso venha acompanhado de outras formas de expressão discriminatória, como vilificação ou difamação de grupo, sendo utilizado como um gatilho para insultar o grupo minoritário e convencer a audiência de sua inferioridade. No entanto, se é possível reconhecer que a dignidade das vítimas é afetada por esse tipo de discurso, é também verdade que a proibição de tal tipo de discurso pode também trazer prejuízos em matéria de liberdade de expressão.

Assim como demonstrado por Steur, a repressão desse modelo de discurso é, afinal, uma decisão política que deve escolher entre retirar o holocausto, e possivelmente outros atos de violência em massa, da arena política e consagrá-lo como uma verdade histórica indisputável ou não<sup>69</sup>. Se por um lado proibir a negação de tais atos de violência em massa cerceia a liberdade de expressão, impedindo que revisitemos esses eventos e erradicando de certa forma a capacidade política de determinados cidadãos, por outro lado, permitir a negação desses eventos dificulta a preservação da memória das tragédias passadas e talvez permita que esse tipo de crueldade ocorra novamente.<sup>70</sup>

Dessa forma, a decisão de proibir esse tipo de decisão não é simples. Acredito, no entanto, que deve haver uma diferenciação dependendo das circunstâncias fáticas. Indubitavelmente, o ato de negar um evento histórico como o holocausto por meio de argumentos históricos busca iniciar um diálogo para convencer o público de uma certa ideia.

#### *2.1.4 Promoção e defesa de políticas excludentes e/ou eliminatórias*

Por fim, a última espécie de discurso de ódio discutido nesse artigo é a promoção e defesa de políticas excludentes e/ou eliminatórias. Para Yong, políticas excludentes “são aquelas em que determinados grupos raciais ou religiosos são excluídos da participação cidadã plena e igual por meio da remoção de seus direitos civis e políticos ou pela aplicação de discriminação sistemática e sancionada pelo Estado”<sup>71</sup>. As políticas eliminatórias “têm como

---

<sup>69</sup> Ibidem. p. 688-689.

<sup>70</sup> Ibidem. p. 688-689.

<sup>71</sup> “*Exclusionary policies are those under which certain identifiable racial or religious groups are excluded from full and equal citizenship by being stripped of their civil and political rights, or otherwise being made to suffer systematic state-sanctioned discrimination.*” YONG, Caleb. Does Freedom of Speech include Hate Speech? *Res Publica* 17. 2011. p. 389.

objetivo remover certos grupos religiosos ou raciais da população por meio de repatriação forçada ou limpeza étnica violenta”<sup>72</sup>.

Nessa espécie se encontram as afirmações que buscam retirar das minorias direitos individuais básicos garantidos a todos, manifestações a favor da violência, tortura ou morte de qualquer tipo de minoria, e eu incluo aqui também a glorificação de massacres e ataques de violência em massa. Diferentemente das outras formas de discurso, por trás das manifestações aqui descritas, encontra-se um interesse político em tratar indivíduos de maneira discriminatória, ou em seu mais elevado grau de hostilidade, a possibilidade de extirpação do grupo ou classe da sociedade.

Observo a existência de conteúdo expressamente político em tal discurso, uma vez que parece almejar convencer outros membros da sociedade, assim como instituições a agirem ativamente de modo a realizar as propostas apresentadas<sup>73</sup>. Contudo, o problema desse tipo de manifestação se encontra precisamente nesse objetivo. É razoável que em um Estado Democrático de Direito, com uma política de proteção às minorias, sejam efetuadas tais políticas?

É mais do que razoável supor que a propagação desse tipo de discurso fortaleça tal posição, resultando na aplicação das medidas propagadas, o que levaria assim a uma configuração antidemocrática de governo. Nesse aspecto, surge a dificuldade de se estabelecer uma resposta para a regulação desse tipo de manifestação: se a igualdade dos cidadãos impede que o Estado determine qual é melhor caminho para os indivíduos, seria possível que os cidadãos por meio de um processo democrático escolhessem retirar direitos de uma minoria ou efetivamente realizar a eliminação completa desse grupo?

Yong defende que essa categoria não se encontra protegida pela liberdade de expressão visto que, como a igualdade entre os cidadãos e a proteção a minorias são princípios fundamentais da democracia, a criação de políticas eliminatórias ou excludentes são contrárias ao próprio sistema democrático<sup>74</sup>. Assim, explica que se aceitarmos a implantação de tal modelo político, estaríamos abrindo mão da própria democracia que legitimou a decisão, dada a violação de princípios basilares da democracia. O paradoxo da democracia demonstra, portanto,

---

<sup>72</sup> “*Eliminationist policies aim at removing certain racial or religious groups from the population through forced repatriation or violent ethnic cleansing*”. Ibidem. p. 398.

<sup>73</sup> SCHMITTER, Philippe C. Reflexões sobre o Conceito de Política. *Revista de Direito Público e Ciência Política* v. 8, n. 2. 1965. p. 45-60. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rdpcp/issue/view/3204>>. Acesso em: 12 out. 2018.

<sup>74</sup> YONG, Caleb. Does Freedom of Speech include Hate Speech? *Res Publica* 17. 2011. p. 385–403.

a impossibilidade de se colocar em prática tal tipo de política, assim como permitir a sua manifestação de forma desregulada<sup>75</sup>.

Sem dúvida essa categoria abarca uma gama de comportamentos bastante variados e que possuem consequências e objetivos diferentes. Nesse sentido, a promoção de ideias excludentes, como por exemplo, uma proposta de criminalização da homossexualidade, tem um efeito diferente de uma manifestação que urge que a população mate os usuários de drogas, como feito pelo presidente das Filipinas<sup>76</sup>.

Assim, acredito que os discursos relativos a políticas excludentes devem ser analisados separadamente dos discursos que incitam violência, glorificam atos de violência em massa ou façam promoção de políticas eliminatórias.

Enquanto compartilho plenamente a visão de Yong sobre as políticas eliminatórias que me parecem completamente contrárias à própria ideia de democracia e cujos efeitos nas comunidades afetadas são extremamente graves, parece-me que no caso das manifestação em prol de políticas excludentes, em alguma medida, os discursos excludentes podem ser parte de uma disputa de poder que é parte do funcionamento natural da democracia.

Tal discussão somente deve ser feita em uma análise caso a caso, considerando a *forma* como o discurso se dá, pois não me parece trivial afirmar que tais discursos sejam desprovidos de proteção, de modo que seria necessário travar uma discussão complexa que não cabe no presente artigo.

## **2.2. Proibição do discurso de ódio: violação à legitimidade democrática ou exceção permitida à liberdade de expressão?**

Ainda que tenha demonstrado as razões apontadas por alguns autores para proibir determinadas espécies de discurso de ódio, faz-se necessário responder a uma questão ainda anterior: o discurso de ódio, em qualquer de suas modalidades, deve ser proibido? Tal resposta não é uniforme entre a doutrina ou jurisprudência internacional. No entanto, explicarei nessa seção, por meio da discussão entre Dworkin e Waldron, a razão pela qual adoto a posição de que o discurso de ódio deve sim ser proibido, e que isso não acarreta na perda de legitimidade do sistema democrático.

---

<sup>75</sup> Ibidem. p. 385–403.

<sup>76</sup> GORTÁZAR, Naiara Galarraga. Filipinas, reino do terror: política antidrogas que já levou à execução quase 10.000 pessoas. *EL País*. São Paulo, 3 jul. 2017. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/03/eps/1499089617\\_332439.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/03/eps/1499089617_332439.html)>. Acesso em: 13 nov. 2017.



Dworkin diferencia as visões instrumentais e constitutivas da proteção da liberdade de expressão, já mencionadas no primeiro capítulo, expressa sua opinião de que na verdade ainda que ambas não sejam mutuamente exclusivas, a visão constitutiva é mais ampla e sólida<sup>77</sup>. Apesar de ser um fiel defensor da liberdade de expressão e acreditar que o discurso de ódio não deve ser proibido, ao apresentar as fraquezas da justificativa instrumentalista em relação à perspectiva não-consequencialista, o autor apresenta argumentos para proibir tal tipo de discurso.

Nesse sentido, aborda especificamente o argumento de que a liberdade de expressão visa garantir que o povo esteja no comando do próprio governo, afirmando que desse forma, qualquer censura que seja do interesse da maioria da população deve ser constitucional<sup>78</sup>. Em sua visão, a argumentação se sustenta na impossibilidade de que o governo censure manifestações sem o consentimento da população, mas tal justificativa não permite compreender o porquê da maioria dos cidadãos não poderem coletivamente, e por um processo democrático, entender pela censura de determinada visão ou assunto<sup>79</sup>.

Essa argumentação traz uma possibilidade de que a proibição ao discurso de ódio seja vista como uma exceção à liberdade de expressão. No entanto, isso dependeria de uma opinião majoritária específica, o que é incerto. Ainda mais importante é o fato de que tal argumentação, ao invés de justificar a proteção das minorias, possa abrir espaço para maior discriminação dos membros LGBT.

Se a maioria é capaz de determinar o que deve ou não ser considerado discurso protegido, as manifestações de minorias se tornam automaticamente reféns de uma maioria que não os representa. Da mesma forma que os discursos de ódio podem ser proibidos, também podem ser censuradas as peças e programas com personagens e enredo LGBTQI, os protestos contra discriminação racial e as pregações de minorias religiosas. Desse modo, aqueles que utilizam essa argumentação somente podem determinar o que deve ou não ser protegido conforme um pensamento majoritário, o que não é nem mesmo consistente com a proteção das minorias.

Dworkin também diz que mesmo a justificativa mais elaborada de que a verdade é mais propensa a emergir no “livre mercado de ideias” não é capaz de embasar a proteção das

---

<sup>77</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 201.

<sup>78</sup> Ibidem. p. 203.

manifestações enquadradas no discurso de ódio. Afinal, a eficiência do mercado livre de ideias não parece ser comprometida pela ausência de declarações racistas ou homofóbicas, nem parece que a sociedade está mais capaz de fazer decisões políticas mais racionais em razão desse tipo de manifestação<sup>80</sup>. O autor ainda explica que mesmo a ideia de que não se pode confiar aos agentes públicos a função de estabelecer o que seria considerado discurso político válido ou inútil, normalmente utilizada para defender esses casos, parece ser suficiente para justificar a proteção desse tipo de manifestação. Afinal, há inúmeros casos em que juízes devem fazer distinções aparentemente complexas em diversas áreas, o que não parece causar nenhum tipo de estranhamento em outros temas<sup>81</sup>. Logo, de uma perspectiva consequencialista, a proibição do discurso de ódio, de acordo com o autor, parece plausível, em razão dos danos e da inexistência de argumentação sólida sobre a necessidade de sua proteção.

No entanto, Dworkin utiliza-se da perspectiva constitutiva para justificar a razão pela qual entende ser necessário que o discurso homofóbico e preconceituoso, ainda que desprezível, seja protegido. Conforme explicado anteriormente quando abordei a justificativa da autonomia, o autor entende que a censura desse tipo de discurso é incompatível com o respeito à moralidade individual dos cidadãos como agentes responsáveis moralmente, pois qualquer decisão sobre a proibição de uma manifestação que seja feita em razão do conteúdo da mensagem retira a capacidade do cidadão de decidir por si mesmo as ideias boas e ruins<sup>82</sup>.

Ademais, no prefácio do livro *Extreme Speech and Democracy*, Dworkin utiliza outro argumento para fundamentar a impossibilidade de se retirar a proteção de declarações que insultam, discriminam ou lesam minorias raciais, religiosas ou sexuais: o argumento da legitimidade política. Tal argumento se baseia no fato de que a legitimidade é a condição que permite que o governo utilize de força para fazer valer as regras impostas e de que tal condição somente é alcançada se todos os cidadãos tiverem oportunidades iguais de participar no processo coletivo de tomada de decisões<sup>83</sup>.

Sendo assim, apresenta dois tipos de leis, as chamadas leis “à montante”<sup>84</sup>, aquelas que visam restringir a utilização de discurso violento e nocivo, e as leis “à jusante”<sup>85</sup>, aquelas que

---

<sup>80</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p.204

<sup>81</sup> Ibidem. p.204

<sup>82</sup> Ibidem. p.200.

<sup>83</sup> WEINSTEIN, James. *Hate Speech Bans, Democracy, and Political Legitimacy*. University of Minnesota Law School. Retrieved from the University of Minnesota Digital Conservancy. 2017. p.536.

<sup>84</sup> Os autores usam a expressão “upstream”.

<sup>85</sup> Os autores usam a expressão “downstream”.

pretendem impedir comportamentos discriminatórios e agressões físicas contra as minorias<sup>86</sup>. Dworkin, assim como Weinstein, determinam que a aplicação de leis que proíbam a expressão de determinadas ideias (leis à montante), ainda que preconceituosas, retira a legitimidade do Estado de fazer valer certas leis antidiscriminatórias (leis à jusante), uma vez que impede a participação de alguns indivíduos no debate público<sup>87</sup>.

Assim, considera-se a existência de leis que visam impedir a discriminação de grupos minoritários em diversos contextos (trabalho, moradia, atendimento, etc) para a base do argumento, o que é verdadeiro para a maioria dos países ocidentais. A outra premissa básica é a de que a legitimidade das leis advém da decisão coletiva tomada levando-se em consideração a manifestação de todos os cidadãos. Tal premissa está em conformidade com a visão de democracia associativa de Dworkin, em que todos os cidadãos são sócios igualitários de um mesmo empreendimento coletivo, com mesma capacidade de expressão<sup>88</sup>.

Assim, é necessário que todos os cidadãos sejam capazes de se exprimir igualmente para que a democracia seja legítima. Isso não quer dizer, no entanto, que seja necessário que todos os indivíduos tenham a sua opinião considerada da mesma maneira; ao contrário, é possível que certos indivíduos tenham ideias mal recebidas pelo público em geral, o que é consistente com a liberdade de cada cidadão de escolher quais ideias são mais plausíveis. No entanto, a possibilidade que todos tenham uma voz para demonstrar as suas insatisfações e opiniões é essencial para que o Estado possa garantir a sua legitimidade ao usar da violência para garantir o cumprimento das leis votadas pela maioria.

Os defensores dessa corrente entendem que essas leis existem porque acreditamos que as minorias devem ser resguardadas de situações de discriminação que possam vivenciar e que a coerção apresentada por essas leis é necessária para defendê-los. No entanto, ao criar leis que limitam o discurso daqueles que preferiam vê-las extintas, o Estado perde a legitimidade para aplicá-las, pois impede que esses cidadãos possam fazer parte do processo democrático que em última instância legitima as leis antidiscriminatórias. Dessa forma, normas que proíbem o discurso de ódio seriam contrárias ao seu próprio intuito, visto que ao tentar proteger a população vulnerável de palavras ofensivas e prejudiciais, estariam, na verdade, deslegitimando as leis antidiscriminatórias feitas para defender.

---

<sup>86</sup> WEINSTEIN, James. *Hate Speech Bans, Democracy, and Political Legitimacy*. University of Minnesota Law School. Retrieved from the University of Minnesota Digital Conservancy. 2017. p. 528.

<sup>87</sup> Ibidem. p. 529.

<sup>88</sup> DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana: La teoría y la práctica da igualdad*. Buenos Aires. Ediciones Paidós Ibérica. 2003.

Waldron, por sua vez, entende que esse argumento não é suficiente para se defender a razoabilidade do discurso de ódio nesses casos. Ao contrário, demonstra que o argumento da legitimidade parece pressupor que a liberdade de expressão seja ou irrestrita, incapaz de aceitar exceções, como as *fighting words* ou a difamação, ou gradativa<sup>89</sup>. Tendo em vista, o fato de que praticamente todos os maiores defensores da liberdade de expressão, entendem que as exceções acima são razoáveis, Waldron conclui que a legitimidade é na verdade suscetível a gradação.

Supondo, portanto, que a legitimidade seja gradativa, Waldron explica que haveria um *trade-off* entre a legitimidade política das leis à jusante e a dignidade das minorias que as legislações que regulam o discurso de ódio visam proteger.<sup>90</sup>

Nesse sentido, quanto mais restritivas são essas legislações, menos legitimidade terão as legislações anti-discriminação, pois a gama de manifestações permitidas encolhe conforme aumentam as possibilidades de restrição de tal discurso. Waldron insiste, entretanto, que praticamente todas as leis desse tipo permitem alguma forma de expressão de suas ideias independentemente de quais sejam, regulando somente o nível de violência e agressividade que contêm.<sup>91</sup> Dessa forma, assegura-se ao menos uma legitimidade mínima a quaisquer leis à jusante no sentido descrito por Dworkin, pois alguma forma de expressar a ideia ainda será permitida. Assim, as leis de diversos países criam exceções para permitir que, de alguma maneira, mesmo conteúdos desagradáveis, preconceituosos ou polêmicos sejam tratados, contanto que não ameacem ou lesem qualquer minoria.

Acredito estar na gradação da legitimidade também a resposta para o julgamento da promoção organizada de políticas excludentes. Uma conduta desse tipo que seja manifestada de forma lógica e composta, ainda que preconceituosa, deve ser permitida em razão do seu claro conteúdo político. No entanto, a propaganda de políticas extremamente excludentes apresentadas de maneiras agressiva e hostil parece não ter a mesma proteção. Utilizando-se do conceito de Waldron, isso seria perfeitamente razoável, afinal, a gama de condutas possíveis para disseminar uma mesma ideia de diferentes maneiras permite que censuremos somente algumas versões desse comportamento.

Brown, por sua vez, enfrenta a questão da legitimidade indicando, primeiramente, que as legislações que coíbem discriminação são questões de direitos fundamentais, não uma forma de privilégio dada pelo Estado<sup>92</sup>. A existência de políticas igualitárias que impeçam a

---

<sup>89</sup> WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

<sup>90</sup> Ibidem.

<sup>91</sup> Ibidem.

<sup>92</sup> Brown, Alexander. *Hate Speech Laws, Legitimacy, and Precaution: A Reply to James Weinstein*. Constitutional Commentary. 55. 2017.

discriminação não pode ser utilizada como um benefício que exija que as minorias “se contentem a ouvir o discurso de ódio resignadas e em silêncio” em troca de proteção contra desigualdade.

Brown também demonstra a distinção na ideia do que consiste em um governo legítimo, visto que para Dworkin a possibilidade de que o Estado dite as formas de respeito individual entre os seres humanos viola o direito à autonomia de cada cidadão<sup>93</sup>. Por outro lado, explica que um governo legítimo “tem responsabilidade de criar ou manter um ambiente público propício a garantir a igualdade entre todos os cidadãos”.<sup>94</sup>

Apesar de não haver esgotado o tema, e nem acreditar ser isso possível, em razão da complexidade da relação entre legitimidade, governo democrático, liberdade de expressão e proteção da dignidade das minorias, adotarei a posição que me parece mais razoável. Assim, considerando as informações demonstradas, considerarei para a análise a visão de legitimidade política e das responsabilidades do governo legítimo conforme enunciadas por Brown e Waldron.

### **2.3. Proibição do discurso de ódio no Brasil e no Mundo**

Um dos países onde a discussão sobre a legitimidade é de maior relevância é os Estados Unidos, onde defensores ferrenhos da liberdade de expressão e apoiadores dos movimentos de proteção às minorias se mantêm em oposição constante, alimentando a discussão, enquanto a posição das cortes americanas continua a interceder em favor da liberdade de expressão. No entanto, na maioria das democracias ocidentais, leis que censuram ou proíbem o discurso de ódio estão presentes no ordenamento jurídico, sem causar um quadro de exaltação tão relevante quanto nos Estados Unidos.

A Suprema Corte norte-americana, por exemplo, já demonstrou em diversos casos a sua posição contrária a qualquer tipo de censura em razão do conteúdo da mensagem que deva ser passada, incluindo casos em que as manifestações têm um conteúdo claramente discriminatório e que visa insultar, amedrontar ou lesar algum tipo de minoria. No caso *Brandenburg v. Ohio*<sup>95</sup>, por exemplo, o tribunal entendeu que o discurso de um membro da organização abertamente racista *Ku Klux Klan* em que se clama por vingança contra os judeus é protegido pela liberdade

---

<sup>93</sup> Ibidem

<sup>94</sup> “a truly legitimate government has responsibilities with respect to creating or maintaining a public environment conducive to assurance of the equal standing of all citizens”. Idem. *Hate Speech Law: A Philosophical Examination*. New York: Taylor & Francis, 2015.p. 209.

<sup>95</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US. Supreme Court. *Brandenburg v. Ohio*. No. 492. Decisão de 9 de junho de 1969. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

de expressão e, portanto, não pode ser censurado. Da mesma forma, em *National Socialist Party of America v. Skokie*<sup>96</sup>, a Suprema Corte entendeu que a liberdade de expressão protegia o direito dos membros partido nazista americano de marchar fardados, com swastikas em uma localidade onde a maioria da população era judia, incluindo diversos sobreviventes do holocausto.

Tais decisões não parecem ser a norma nos ordenamentos jurídicos internacionais, sendo que diversos países possuem leis proibindo declarações que disseminam o ódio. No Reino Unido, por exemplo, o *Race Relations Act* de 1965, proíbe a discriminação racial em lugares públicos e penaliza a incitação de “ódio racial”<sup>97</sup>. Na Austrália, por sua vez, o *Racial Vilification Act* de 1996, criou medidas de reparação civil para casos em que, por meio de atos públicos, qualquer indivíduo incite ódio, demonstre desprezo à nível significativo ou ridicularize severamente um indivíduo ou grupo em razão de sua raça<sup>98</sup>.

No Canadá, a Suprema Corte inclusive decidiu pela constitucionalidade de um dispositivo do código penal que proíbe a promoção de ódio, em público, direcionada para qualquer indivíduo em razão de cor, raça, religião ou origem étnica. Em *R v. Keegstra*<sup>99</sup>, o tribunal entendeu pela condenação de um professor de ensino médio que disseminava manifestações preconceituosas, afirmando para os seus estudantes, por exemplo, que os judeus são “sádicos”, “traíçoeiros” e “assassinos de crianças”<sup>100</sup>. Apesar de considerar que tal dispositivo violava a liberdade de expressão do Réu, a violação era justificada em razão o dano psicológico e emocional causado pelo discurso de ódio<sup>101</sup>.

O Brasil também faz parte do grupo de países que possui leis que visam punir aqueles que disseminam o ódio por meio do discurso. O crime de injúria racial é tipificado no art. 140§3º, que o caracteriza como injúria que utilize “elementos referentes a raça, cor etnia,

---

<sup>96</sup> ESTADOS UNIDOS. US. Supreme Court. *National Socialist Party v. Skokie*. Decisão de 14 de junho de 1977. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/432/43.html>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

<sup>97</sup> REINO UNIDO. Race Relations Act of 1965. Parliament of the United Kingdom. 8<sup>th</sup> December 1965. Disponível em: <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/private-lives/relationships/collections1/race-relations-act-1965/race-relations-act-1965/>>. Acesso em: [7 nov. 2018].

<sup>98</sup> AUSTRÁLIA. Racial Vilification Act. South Australia. 12<sup>th</sup> December, 1996. Disponível em: <<https://www.humanrights.gov.au/publications/racial-vilification-law-australia>>. Acesso em: [7 nov. 2018].

<sup>99</sup> CANADA. Supreme Court of Canada. *R. vs. Keegstra*. No. 21118. Decisão de 12 de dezembro de 1990. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/695/index.do>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

<sup>100</sup> Mr. Keegstra's teachings attributed various evil qualities to Jews. He thus described Jews to his pupils as 'treacherous,' 'subversive,' 'sadistic,' 'money-loving,' 'power hungry' and 'child killers.' CANADA. Supreme Court of Canada. *R. vs. Keegstra*. No. 21118. Decisão de 12 de dezembro de 1990. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/695/index.do>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

<sup>101</sup> MAHONEY, Kathleen. *R v. Keegstra: A Rationale for Regulating Pornography?*. McGill Law Journal. v. 37, 1992. p. 242-269. Disponível em: <<http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/4003804-Mahoney.pdf>>. Acesso em: [9 nov. 2018].

religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”<sup>102</sup>. Ademais, o art. 20 da Lei nº 7.716/89 explicitamente proíbe a incitação ou indução de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional<sup>103</sup>.

Dessa forma, percebe-se que apesar de extremamente relevante a problematização da legitimidade política e a defesa da liberdade de expressão, em termos políticos, são comuns as iniciativas de criação de normas estabelecendo a proibição de manifestações que disseminam o ódio. Parece também que o Brasil se encontra em posição mais próxima à maioria dos países do que à postura adotada pelos estadunidenses, o que pode ser evidenciado pela decisão do Supremo Tribunal Federal no caso *Ellwanger*.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS, o STF indeferiu o habeas corpus impetrado pelo sr. Siegfried Ellwanger, acusado de haver publicado, editado e escrito obras antisemitas que incitavam o ódio aos judeus. Em sua defesa, o paciente argumentou que, por não ter conotação racial, a discriminação contra o povo de origem judaica não constituiria o crime de racismo, e por isso, o crime já estaria prescrito. Essa argumentação foi aceita pelo Min. Moreira Alves, mas rejeitada pela maioria. O julgamento também trouxe à tona o conflito entre a liberdade de expressão e a possibilidade de se considerar crime a conduta realizada pelo paciente.

Nesse sentido, o Min. Ayres Britto determinou que as ideias propagadas por Ellwanger seriam somente opiniões e que apesar de serem contra o que a maioria acredita como verdade, não incitava o ódio, de modo que concedeu o habeas corpus. Da mesma forma, o Min. Marco Aurélio, adotando a teoria de Alexy, determinou que deveria prevalecer a liberdade de expressão, tendo em vista o fato de que os livros demonstravam uma interpretação específica e que ainda que impopular, era baseada em verdadeira pesquisa histórica que permitia divergência de perspectiva.

A opinião majoritária, contudo, foi a de que a liberdade de expressão é um valor fundamental da democracia, mas que não pode se admitir uma interpretação irrestrita de tal direito, de modo que a intolerância racial e o discurso de ódio se mostram como exceções ao mesmo.

---

<sup>102</sup> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência

Pena - reclusão de um a três anos e multa

<sup>103</sup> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

### **3. O CASO LEVY FIDELIX**

Dessa forma, passo a analisar o caso referente ao discurso do então candidato à Presidência da República Levy Fidelix, como forma de demonstrar as dificuldades práticas dos juízes em determinar as categorias de discurso de ódio, e a complexidade em conciliar o direito à liberdade de expressão e a proteção às minorias.

#### **3.1 Breve relato do caso**

O caso em tela consiste em uma ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em desfavor do então presidenciável Levy Fidelix e do Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB), partido a que era filiado. A Parte Autora requereu o pagamento de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a título de dano moral coletivo que seria revertido em ações de promoção de igualdade; e a emissão de obrigação de fazer aos réus a fim de financiar um programa que promova os direitos da população LGBT.

Narra-se que o candidato à Presidência da República afirmou que “dois iguais não fazem filho”; “aparelho excretor não reproduz” e acusou a minoria LGBT de “escorar-se à maioria do povo brasileiro”. Além disso, o Réu também teria comparado os homossexuais à pedófilos, ao mencionar afirmações de que o Papa Francisco vem afastando sacerdotes suspeitos da prática como forma de combater o abuso sexual infantil; urgiu que a maioria tivesse coragem de enfrentar essa minoria e por fim afirmou que o mais importante é que “esses que têm esses problemas(a população LGBT) sejam atendidos no plano psicológico e afetivo, mas bem longe da gente”<sup>104</sup>.

Em defesa, o PTRB arguiu a ilegitimidade da Defensoria para ajuizar a ação, assim como a sua ilegitimidade passiva para constar no polo passivo da demanda, e no mérito defendeu que o candidato somente demonstrou sua opinião sobre o assunto, sem incitar o ódio. O Réu Levy Fidelix reiterou os mesmos pontos salientados pelo partido.

Em primeiro grau, a juíza afastou as preliminares de ilegitimidade ativa e passiva e julgou totalmente procedente, argumentando que o candidato teria realizado um discurso de ódio que negava a dignidade básica dos LGBT, e que, portanto, não se encontrava protegida pela liberdade de expressão, visto que este não é um direito absoluto.

---

<sup>104</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1098711-29.2014.8.26.0100, da 18ª Vara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo, SP, 13/mar/2015.



Em segundo grau, a 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP viu por bem reformar a sentença por compreender que as manifestações do réu, apesar de chulas e desagradáveis, não incitavam o ódio e que ele teria o direito constitucional de expressar suas convicções. Foram interpostos Recurso Especial e Recurso Extraordinário que já foram admitidos e aguardam julgamento.

### **3.2 O julgamento do caso em primeiro grau**

Início, portanto, a análise do caso com base nas informações apresentadas por ambas as partes e pelas conclusões tomadas pelo Poder Judiciário nas duas instâncias.

As expressões “dois iguais não fazem filho” e “aparelho excretor não reproduz”, apesar de serem desagradáveis de serem constatadas em um debate presidencial e representarem ideias preconceituosas não me parecem trazer nenhum sentimento específico ao grupo LGBT. Em nenhum momento, a dignidade ou segurança dos membros da comunidade é afetada por tais declarações, de modo que irei desconsiderá-las da análise.

Por outro lado, não acredito que esse deva ser o mesmo tratamento dado as acusações de que a minoria LGBT escora-se à maioria do povo brasileiro”; a comparação entre a pedofilia e a homossexualidade; o pedido de que a maioria enfrentasse essa minoria; ou a afirmação de a população LGBT, referidos aqui como “esses que têm esses problemas”, sejam atendidos no plano psicológico e afetivo, mas “bem longe da gente”. Classificarei a comparação entre a pedofilia como uma espécie de difamação, enquanto tratarei as outras manifestações como casos de promoção de políticas excludentes e/ou eliminatórias.

Parece claro que a analogia é pejorativa e que causa dano aos membros da comunidade LGBT, afinal a pedofilia é considerada uma atitude imoral e desprezível pela grande maioria da sociedade, sendo inclusive tipificada criminalmente quando praticada. Desse modo, a intenção de comparar a homossexualidade tem como pano de fundo a ideia de que os homossexuais são imorais, pervertidos, criminosos, além de corromper e abusar de crianças, o que sem dúvida consiste em um discurso prejudicial à honra e imagem de quaisquer pessoas que se identifiquem com a orientação sexual.

Enquadro as manifestações relativas ao clamor de que a maioria tivesse coragem de enfrentar a minoria e a afirmação de que o mais importante é que “esses que têm esses problemas” (a população LGBT) sejam atendidos no plano psicológico e afetivo, mas “bem longe da gente” como casos de promoção de política excludente e eliminatória. Conforme o conceito de Yong citado anteriormente, essa categoria de discurso de ódio visa produzir políticas que excluam e eliminem determinada minoria da sociedade, por meio de incitação à

violência, ao retirar direitos básicos garantidos a todos os cidadãos, ao criar sanções específicas para esse grupo e/ou ao causar a eliminação do grupo minoritário do território por meio de repatriação ou violência.

De fato, estas declarações são baseadas em uma diferenciação entre “nós” e “eles” que torna o discurso bastante sedutor para parte da sociedade. Ademais, resta clara a ideia de exclusão da população LGBT do resto da sociedade por meio da expressão “bem longe da gente”, que indica esse desejo de que a minoria seja relegada ao ostracismo. Além disso, a conclamação de que a sociedade deveria “enfrentar” os homossexuais, bissexuais e transexuais poderia caracterizar uma incitação à violência, apesar de isso de fato não ter ficado explícito no contexto. Ressalto que as categorias aqui utilizadas não são estanques. Ao se referir ao grupo como “esses que têm esses problemas”, o Réu parece atribuir a qualidade de problemáticas ou doentes aos membros da comunidade, o que se mostra novamente como difamação de grupo.

Considerando as categorias de discurso de ódio apresentadas no segundo capítulo, e ainda partindo da concepção de Waldron de que o discurso de ódio “visa comprometer a dignidade daqueles que são atingidos, em sua própria visão e na visão de outros membros da sociedade<sup>105</sup>”, é possível caracterizar o discurso proferido pelo candidato como discurso de ódio. Entendo haver um caráter ofensivo das declarações e dos efeitos nocivos que poderia/veio a produzir na imagem e honra dos membros da comunidade LGBT. No entanto, a questão ainda se coloca sobre a possibilidade de que tais declarações resultem na obrigação de reparar, tendo em vista o direito fundamental à liberdade de expressão. Analiso, portanto, o mérito da sentença e dos votos do tribunal para determinar a fundamentação utilizada por ambos, em busca da teoria utilizada para defender a liberdade de expressão e a sua conformidade ou não com a possibilidade de reparação.

A sentença de primeiro grau cita o parecer do Ministério Público em que se exprime a ideia de que a liberdade de expressão, ainda que seja um direito essencial para a sociedade é limitada pelos direitos de outrem, não podendo violá-los, como no caso concreto:

a liberdade de expressão, ainda que configure direito caro à sociedade, não é absoluta, apresentando limites constitucionais quando implica em violações a direitos fundamentais do homem. É o que se constata no caso concreto, em que as declarações do requerido negam a própria dignidade humana à população LGBT<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> “*Its aim is to compromise the dignity of those at whom it is targeted, both in their own eyes and in the eyes of other members of society. And it sets out to make the establishment and upholding of their dignity—in the sense that I have described—much more difficult*”. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 7

<sup>106</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1098711-29.2014.8.26.0100, da 18ª Vara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo, SP, 13/mar/2015.

Ademais, o parecer citado determina que as ofensas expressadas pelo Réu propagavam “falso sentimento de legitimação política de condutas discriminatórias” e fortaleciam “as condutas de exclusão e violência contra essa minoria”, além de serem um “desserviço à sociedade democrática” e “negar dignidade humana à população LGBT”. Tais passagens demonstram a posição do Ministério Público e da Juíza de que o discurso de ódio é uma exceção à liberdade de expressão, em razão da propagação de ideias discriminatórias e da violação à honra e dignidade da população LGBT. No entanto, o voto não demonstra nenhum aprofundamento teórico sobre a questão, os pontos são colocados de maneira estanque, sem uma verdadeira discussão sobre qual o papel exercido pela liberdade de expressão, e a razão pela qual o discurso de ódio constitui uma exceção.

Na verdade, o voto trata de forma rasa os problemas que estão postos na lide. O juízo utiliza-se do parecer do Ministério Público como forma de consubstanciar teoricamente a decisão, no entanto, ao menos a parte citada não dedica mais do que algumas palavras ao valor da liberdade de expressão:

Vale ressaltar que não se nega o direito do então candidato à Presidência da República de manifestar seus posicionamentos políticos sobre a questão homossexual. É salutar, aliás, que o assunto, de extrema relevância social, seja objeto de pautas das discussões eleitorais.

Dessa forma, a importância da liberdade de expressão parece diminuída, de modo que nem mesmo é possível notar a existência ou a preponderância de qualquer teoria sobre o porquê de protegermos tal direito. A justificativa para proibir ou ao menos sancionar o discurso de ódio, no entanto, ainda que também não seja aprofundada, parece vir da ideia de que esse tipo de manifestação viola a dignidade da população LGBT, o que me parece consistente com a posição de Waldron de que o discurso de ódio viola a ideia de igualdade de todos os cidadãos, assim como seu status e imagem perante a sociedade. Utiliza-se do argumento de que tal discurso incita violência e discriminação contra um grupo já vulnerável a ataques do tipo e, por fim, parece demonstrar também uma preocupação de que tais ideias sejam disseminadas, gerando políticas discriminatórias que causariam dano aos LGBT:

Afrontas desse teor fogem à liberdade de expressão e de manifestação política, demandando, portanto, resposta efetiva e firme do Poder Judiciário, que não pode compactuar com essa realidade, sob pena de assistir, impassível, a efetiva regressão social em matéria de direitos humanos.<sup>107</sup>

O restante da sentença parece, no entanto, ignorar o aparente conflito entre direitos e tratar de assuntos não-relacionados. A maior parte da fundamentação legal é apresentada com

---

<sup>107</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1098711-29.2014.8.26.0100, da 18ª Vara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo, SP, 13/mar/2015.

base na legalidade da união homoafetiva, o que não é na verdade uma questão que deveria ser levantada nessa sentença. Afinal, ainda que a temática do discurso de Levy Fidelix fosse sobre a união e o casamento homoafetivo, a lide diz respeito aos danos causados pelos comentários ofensivos e excludentes do candidato, não sendo relacionada a opinião do presidenciável em relação ao instituto.

O uso de tal jurisprudência e doutrina, além de irrelevante para a sentença, que deveria abordar na verdade os limites da liberdade de expressão e os danos que o discurso discriminatório causa a uma comunidade vulnerável, causa, na verdade, um certo distanciamento da ideia do discurso de ódio. Isto porque tal confusão parece indicar que o conteúdo considerado incompatível com a liberdade é a própria contrariedade ao casamento homossexual, o que não é verdadeiro.

Waldron explicitamente argumenta que as leis que proíbem o discurso de ódio não pretendem impedir que os indivíduos tenham as suas próprias convicções sobre quaisquer assuntos, o objetivo é tão somente impedir que manifestações hostis que lesem a dignidade e imagem das minorias sejam disseminadas.

### **3.3 O julgamento da apelação**

Os votos da 4ª Câmara de Direito Privado, por sua vez, são contrários à sentença, asseverando a supremacia da liberdade de expressão no caso concreto. Apesar de ambos os votos apontarem para a reforma da sentença por considerar que inexistiu ilícito na fala do Réu, dividirei a análise entre o voto do relator e o voto convergente do vogal.

O voto do Des. Relator não utiliza como argumentação principal a liberdade de expressão, mas na realidade se baseia no entendimento de que as palavras proferidas pelo candidato não causaram danos específicos à comunidade LGBT, pois eram parte de um debate político altamente polarizado em que os diversos participantes se ofendiam reciprocamente:

Assim, apesar da manifestação grotesca do candidato corréu, que, de forma deseducada, fizera manifestações contra homossexuais, não se identifica afronta específica à dignidade da pessoa humana dos integrantes do movimento LGBT, ante as peculiaridades que envolvem os debates políticos, sempre em busca do sensacionalismo<sup>108</sup>.

Dessa forma, não se questionou o papel da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito, nem o possível conflito com o discurso de ódio. Na verdade, a argumentação foi ancorada na descaracterização da manifestação do presidenciável como

---

<sup>108</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1098711-29.2014.8.26.0100, da 4ª Câmara de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo, SP, 02/fev/2017.

discurso de ódio, tendo em vista o contexto em que foi proferido e mesmo a ausência de repercussão de violência em sentido amplo devido às declarações feitas:

Destarte, não se identifica suporte para a pretensa indenização por danos morais, haja vista a situação fática em que aconteceu o episódio, ressaltando, ainda, que nada fora demonstrado que configurasse incitação ao ódio, além do que, não se tem notícia de que tenha ocorrido repercussão de violência em sentido amplo, não obstante o procedimento inadequado do candidato corréu em que prevaleceram, no mínimo, aspectos grosseiros, no entanto, sem maiores consequências.

Logo, verifica-se que o desembargador entende que as circunstâncias e a existência de efeitos empíricos sejam critérios necessários para caracterizar esse tipo de discurso.

Parece-me que há aqui um equívoco. Apesar do contexto ser absolutamente necessário para compreender qualquer tipo de manifestação, não sendo diferente com o discurso de ódio, não acredito que a situação descrita no caso concreto pudesse considerar permissiva esse tipo de declaração. Primeiramente porque as ofensas não foram direcionadas a nenhum dos candidatos que ali estavam, mas sim a um grupo minoritário difuso, de modo que a ausência de "respeito elementar entre os candidatos" não é uma razão para desconsiderar o caráter ofensivo das declarações. Ademais, a insinuação de que a utilização das expressões chulas e ofensivas como forma de angariar votos, apesar de plausível, não parece ser uma justificativa válida. Pois, conforme colocado por Yong, ao estabelecer discursos com ideias polêmicas, tende-se a apresentá-las de maneira branda, de modo a evitar ofender a audiência<sup>109</sup>. Em uma votação a nível nacional isso é ainda mais claro, tendo em vista a imensa quantidade de pessoas que poderiam se sentir vitimizadas ou horrorizadas pelo discurso.

De qualquer maneira, ainda que de fato esse tipo de declaração polêmica contra os LGBT possa ser uma forma de obter votos, considerando que o partido do candidato é de viés conservador, o que permitiria maior aderência a esse tipo de ideia, parece ser contra intuitivo que o candidato tentasse conquistar somente aqueles mais próximos de suas ideias. Mesmo considerando essa última hipótese, no entanto, não acredito que a questão do contexto se justificaria nesse caso, pois o dano à imagem e à honra causado independeria dessa intenção particular, que ademais não fica evidente. Ainda, deve se considerar que a situação possa na verdade agravar o dano, tendo em vista ser um debate televisionado de âmbito nacional e assistido por milhões de brasileiros.

Quanto à necessidade de que houvesse ocorrido um aumento dos casos de violência, entendo ter o magistrado utilizado uma interpretação demasiadamente restrita do conceito de discurso de ódio, que não está de acordo com as definições utilizadas em nenhum dos autores

---

<sup>109</sup> YONG, Caleb. Does Freedom of Speech include Hate Speech? *Res Publica* 17. 2011. p. 385–403.

abordados no presente trabalho. Na verdade, definir o discurso de ódio somente nos casos em que seja provado que as declarações tenham acarretado no aumento de violência física contra a minoria parece destituir o conceito de qualquer aplicação prática, afinal comprovar o nexo causal entre a declaração e o aumento de violência não é uma atividade trivial. Ademais, comprovar um aumento generalizado da violência no país, como o magistrado parece sugerir necessário, é impraticável.

Exigir o aumento da violência física é também falhar em reconhecer as formas de violência moral que as minorias possam vir a sofrer. Na verdade, o objetivo de proibir esse tipo de manifestação é, de acordo com Waldron<sup>110</sup>, proteger a imagem e honra e dignidade da comunidade atingida, não sendo, portanto, necessário nenhum tipo de dano físico. Além do mais, a “repercussão de violência” que parece ser requerido pelo juízo nem mesmo se sustenta na base do direito civil, uma vez que existe em nosso ordenamento jurídico o dano moral, que é inclusive, o que é requerido no processo.

O voto convergente, ao contrário do voto do relator, demonstra uma preferência pela teoria instrumentalista da liberdade de expressão baseado no mercado livre de ideias, cujo pressuposto é o de que a pluralidade de opiniões e ideias de fomentar o descobrimento das ideias mais sensatas:

A democracia foi um movimento vitorioso por permitir que se tenha e se defenda posições, sendo a razão de os liberais afirmarem constituir um privilégio próprio da república das razões. Excluídas as ideias dizimadas pelo caminhar da humanidade, há uma utilidade na diversidade de opiniões sobre um tema da vida contemporânea, porque exprimem perspectivas alternadas e fomentam as decisões que vão ditar os destinos. O contraponto das adversidades não é um diálogo de rancor e possui méritos, principalmente a qualificação do debate cultural. As críticas, mesmo ácidas, não atrapalham; ao contrário, auxiliam ao despertar o espírito para a tomada de posições.

Nesse sentido, a ideia base determina que a liberdade de expressão retira sua justificação da sua capacidade de promover o debate para que possamos descobrir as melhores formas de tomada de decisões. Conforme demonstrado por Dworkin, esse tipo de argumentação abre espaço para a proibição do discurso de ódio, afinal, o discurso profundamente homofóbico não parece prejudicar o mercado de livres ideias<sup>111</sup>. A capacidade de escolher líderes, descobrir a verdade ou escolher caminhos não é, afinal, atingida de maneira clara em razão de discursos que comparem a homossexualidade com a pedofilia. Além disso, considerando-se a possibilidade de prejuízo por parte das minorias, um balanceamento de direitos parece tender para a proteção da minoria. Consequentemente, esse tipo de justificação não é compatível com

---

<sup>110</sup> WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 7

<sup>111</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 204

uma decisão que descarte a proibição do discurso de ódio somente em razão da importância da liberdade de expressão. Há de haver uma justificativa diferente.

O magistrado conceitua o discurso de ódio como “aquele que incita a violência e mobiliza a população, seja para concretizar atividades imediatas de ataque ou para engrossar condutas discriminatórias ou de rejeição desumana”. Trata-se de definição restritiva ao desconsiderar categorias em que a manifestação é voltada para as próprias minorias, e não para a sociedade em geral. Por exemplo, a vilificação dirigida não se encontra abarcada nessa delimitação, visto que essa categoria é voltada para a própria minoria que é lesada pelo discurso, de modo que as declarações não têm a pretensão de mobilizar a sociedade contra tal grupo, como o conceito parece requerer. Dessa forma, discordo do conceito utilizado. A utilização de manifestações para amedrontar, insultar e lesar as minorias é, sem dúvida, uma forma de discurso de ódio, independentemente de tentar mobilizar o resto da sociedade a difundir o preconceito.

Contudo, ainda que seja adotada a delimitação oferecida no voto, acredito que os atos perpetrados pelo Réu ainda estariam caracterizados como discurso de ódio. Afinal, o então candidato dirigiu a palavra àqueles que assistiam ao debate nacional, ou seja, a uma audiência difusa. Ademais, a manifestação tinha um cunho preconceituoso cuja finalidade parecia ser a de criar “rejeição humana” e “engrossar condutas discriminatórias”. A utilização de frases que indicam que os LGBT devem ficar “bem longe” parece transmitir a ideia de rejeição, assim como a comparação da homossexualidade com a pedofilia tem o objetivo de causar a repulsa naquele que escuta. Por conseguinte, mesmo adotando a concepção proposta, as declarações feitas poderiam ser consideradas como ilegítimas.

Ademais, nota-se que o próprio desembargador demonstrou a possibilidade de que a mensagem de discordância com a união homoafetiva fosse transmitida de forma menos hostil, sem que isso atrapalhasse o conteúdo a ser passado:

Seria possível igualmente dizer que o partido não vai defender a união deles e que, portanto, desacreditem de apoio político para essa finalidade. Tudo isso seria suficiente para explicar a posição partidária, com dispensa das palavras enfatizadas e que entoariam a completa aversão aos que amam as pessoas do mesmo sexo.

O voto convergente, também, erroneamente compara o caso descrito nos autos com a situação ocorrida com o Ministro do TST, Ives Gandra Filho<sup>112</sup>, em que escreveu em uma nota de esclarecimento que se posicionava de forma contrária ao matrimônio para casais do mesmo sexo, apesar de entender necessário que seus direitos sejam defendidos. Ressalto aqui a

---

<sup>112</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1098711-29.2014.8.26.0100, da 4ª Câmara de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo, SP, 02/fev/2017.

confusão feita pelo magistrado sobre em que consiste ponto fulcral da lide. Não se trata, ou ao menos não deveria se tratar, de uma demanda voltada para impedir o pensamento contrário relativo ao casamento entre pessoas do mesmo sexo como o magistrado faz parecer. A disputa do caso está na existência de dano para a comunidade LGBT causada pelo discurso ofensivo proferido pelo réu. O desembargador parece acreditar que o objetivo da ação é precisamente o de discutir o pensamento do réu em relação ao casamento homoafetivo:

Ora, se a Constituição permite ou as autoridades toleram que partidos assumam posição aberta contra casamento de homossexuais, seria um contrassenso permitir a subsistência desses organismos com poderes de representatividade desse pensamento e condenar seus interlocutores, ainda que não saibam exprimir seus pontos de vistas empregando palavras suaves, elegantes ou inofensivas.

Inclusive, expressando o seu entendimento de que o casamento homoafetivo “não se enraizou como um primado completamente aceito”, e que por essa razão, não ensejaria em obrigação de indenizar.

Aguarda-se, portanto, decisões do STJ e do STF no caso concreto, em que se espera que a argumentação utilizada seja mais coerente com a teoria de justificativa de liberdade de expressão e a proteção das minorias.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em qualquer Estado verdadeiramente democrático, espera-se uma proteção das liberdades individuais, reconhecendo o valor do indivíduo para autonomamente trilhar seus próprios caminhos, associar-se de maneira livre, manifestar-se da forma como acreditar mais pertinente. Por outro lado, é também dever do poder público assegurar a igualdade material dos seus cidadãos, garantindo minimamente que cada cidadão tenha meios para gozar de seus direitos, incluindo suas liberdades individuais. É no contato entre essas duas faces da atividade primordial do Estado que se encontram opiniões divergentes referentes às prioridades que devem ser adotadas pelo governo.

Nesse trabalho, busquei investigar o que acredito ser uma questão relevante que nos permite refletir sobre um aspecto dessa dualidade constante entre a liberdade individual e a igualdade: como resolver o aparente conflito entre a livre manifestação de ideias e a proteção às minorias? Se é inegável o valor da liberdade de expressão como valor fundante da democracia, é também verdade que a livre manifestação de ideias pode ser utilizada para disseminar o ódio e a violência. Nesse sentido, o discurso de ódio, em que minorias se tornam alvos de manifestações que buscam humilhar, lesar ou amedrontar, efetivamente demonstrando a vulnerabilidade desses grupos perante uma maioria parece ser uma afronta à ideia de igualdade.

No entanto, ainda que desaprovem as ideias expostas nesse tipo de manifestação, diversos pensadores acreditam que permitir esse tipo de discurso é necessário para garantir a autonomia dos indivíduos e a legitimidade política das leis de proteção às minorias. O discurso de ódio torna-se o preço que se paga para manter os limites da atuação do Estado e a legitimidade da aplicação das leis criadas por ele. Valoriza-se, portanto, a liberdade de expressão, em razão da importância de tal princípio para a sociedade, justificando sua proteção sobre diversas visões diferentes.

Dessa forma, busquei compreender os marcos teóricos mais relevantes sobre o assunto, abordando as teorias argumentativas mais utilizadas pelos defensores da liberdade de expressão. Analogamente, investiguei as razões para se justificar a restrição à essa liberdade quando relativa ao discurso que dissemina o ódio contra as minorias.

Por meio dessa análise, constatou-se que em vários aspectos os objetivos primordiais da liberdade de expressão não são negados pela simples proibição de uma manifestação específica que causa efetivo dano à autoconfiança, imagem e dignidade de grupos já vulneráveis. Ademais, buscou-se demonstrar que a legitimidade política, ainda que possa ser enfraquecida

minimamente, ela se mantém a ponto de validar a aplicação de quaisquer leis antidiscriminatórias e que essa perda limitada parece ser justificada pelo objetivo maior de proteger as minorias e, portanto, preservar a igualdade.

Observando-se a legislação e jurisprudência internacionais, nota-se também que os ordenamentos jurídicos adotam uma posição que busca preservar a imagem e a dignidade das minorias ao proibir certos tipos de manifestação. Reino Unido, Austrália e Canadá são utilizados como exemplo, em que se demonstra a existência de leis que limitam os discursos de ódio. Nesse sentido, vemos que mesmo o Brasil parece adotar uma posição consistente com a proibição desse tipo de discurso, baseando-se nas leis da injúria racial, racismo e no caso *Ellwanger*, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, examinando o caso *Levy Fidelix*, em que o candidato à Presidência da República proferiu um discurso caracterizado pela agressividade em relação à comunidade LGBT em um debate presidencial, nota-se a falta de argumentação teórica para substantiar as decisões. Em ambas as decisões, tanto a sentença de primeiro grau, quanto os votos referentes à apelação demonstram um discurso raso que simplifica excessivamente uma questão controvertida na doutrina.

Ressalta-se que um tópico de tamanha complexidade e cujo consenso não está assentado na doutrina, não pode ser tratado de forma superficial, adentrando-se em argumentos políticos ou de senso comum que invalidam qualquer uma das posições. Em um caso que demonstra a necessidade de uma interpretação consciente e abstrata, a utilização de argumentos legalistas não consegue responder as questões primordiais do caso: (i) o discurso de candidato configura discurso de ódio (ii) a manifestação é coberta pela liberdade de expressão.

Por fim, apesar de advogar pela limitação do discurso de ódio em razão do efeito causado na autoconfiança, senso de pertencimento e imagem das minorias, entendo a necessidade de que o tema se mantenha em discussão. Portanto, não foi o objetivo desse trabalho encerrar essa discussão de grande complexidade e que envolve dois valores muito caros à democracia, mas somente apresentar elementos que incentivem a discussão do assunto, demonstrando a necessidade de uma análise cuidadosa e profunda sobre essas questões.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUSTRALIA. Racial Vilification Act. South Australia. Adelaide, 12<sup>th</sup> December, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, p.31-50, abr/2001.

BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros Internacionais do Direito à Liberdade de Expressão. *RIL Brasília* a. 53 n. 210 abr./jun. 2016 p. 93-115.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Trad. Wamberto H. Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 136-142.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define crimes resultantes de preconceito de raça ou cor. Diário Oficial da União, Seção 1, 369. Brasília, 6 jan. 1989.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 82.424/RS. Brasília, DF, 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1098711-29.2014.8.26.0100, da 18ª Vara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo, SP, 13/mar/2015.

BROWN, Alexander. *Hate Speech Law: A Philosophical Examination*. New York: Taylor & Francis, 2015

Brown, Alexander. *Hate Speech Laws, Legitimacy, and Precaution: A Reply to James Weinstein*. Constitutional Commentary. 55. 2017

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*. Porto Alegre, ano 4, n.15, p.117-136, jan./mar. 2007

CANADA. Supreme Court of Canada. *R. vs. Keegstra*. No. 21118. Decisão de 12 de dezembro de 1990. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/695/index.do>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

CARVALHO NETTO, Menelick. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. v. 1. 167. p.

DA SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Administrativo. v. 173. Jul/Set 1998. p. 15-34 Disponível em:<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/%20viewFile/45920/44126>>. Acesso em: [8 out.2018]

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996

DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana: La teoria y la práctica da igualdad*. Buenos Aires. Ediciones Paidós Ibérica. 2003.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US. Supreme Court. *Brandenburg v. Ohio*. No. 492. Decisão de 9 de junho de 1969. Disponível em:<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. US Supreme Court. *Chablsinsky v. New Hampshire*. Decisão de 9 de Março de 1942. Disponível em:<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/>> . Acesso em: 09 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. US. Supreme Court. *National Socialist Party v. Skokie*. Decisão de 14 de junho de 1977. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/432/43.html>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. United States Supreme Court. *Schenck v. United States*. Decisão de 3 de Março de 1919. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>>. Acesso em: [09 nov. 2018]

GELBER, Katharine. *Speaking Back: The free speech versus hate speech debate*. [s.i]: John Benjamins Publishing, 2002. 176 p. (Discourse Approaches to Politics, Society and Culture).

GORTÁZAR, Naiara Galarraga. Filipinas, reino do terror: política antidrogas que já levou à execução quase 10.000 pessoas. *EL País*. São Paulo, 3 jul. 2017. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/03/eps/1499089617\\_332439.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/03/eps/1499089617_332439.html)>. Acesso em: 13 nov. 2017.

JOHNSTONE, Henry W. Argument and Truth in Philosophy. *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 18, no. 2, 1957, pp. 228–236. JSTOR, JSTOR, Disponível em: < [www.jstor.org/stable/2104386](http://www.jstor.org/stable/2104386)>. Acesso em: [20 out. 2018]

MAHONEY, Kathleen. R v. Keegstra: A Rationale for Regulating Pornography?. *Mcgill Law Journal*. v. 37, 1992. p. 242-269. Disponível em:<<http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/4003804-Mahoney.pdf>>. Acesso em: [9 nov. 2018]

MORIN, Edgar. Os sistemas de ideias. In: MORIN, Edgar. *O Método*: 4. As ideias, habitat, vida, costumes, organização. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011. Cap. 2. p. 157-183. Tradução de: Juremir Machado da Silva.p. 156-168.

NEVES, Fabiana Nogueira. Liberdade de Expressão Comercial: um direito fundamental ou apenas mais um slogan publicitário? In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 22., 2009, Curitiba. *GP Publicidade e Propaganda do IX Encontro dos Grupos/Núcleos de Pesquisa em Comunicação*. Curitiba: Intercom - Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2009. p. 1 - 14.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Conjunta dos Relatores Especiais da ONU e da OEA sobre Liberdade de Expressão*. 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial*, arts. 121 a 249. 7a ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

POTIGUAR, Alex Lobato. *IGUALDADE E LIBERDADE: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio*. 2009. 155 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

REINO UNIDO. Race Relations Act of 1965. Parliament of the United Kingdom. Londres, 8<sup>th</sup> December 1965.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006.

SCHMITTER, Philippe C. Reflexões sobre o Conceito de Política. *Cadernos de Documentação Política e Relações Internacionais*, p. 35-44, 1979.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Teoria dos Direitos Fundamentais. In: SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. 22. pp. 665 – 678.

SIMÃO, José Luiz de Almeida, RODOVALHO, Thiago. A Fundamentalidade do direito à liberdade de expressão: As justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. v. XIII. N° 1. Porto Alegre. 2017. p. 203-229.

STEUER, Max. The (Non)Political Taboo: Why Democracies Ban Holocaust Denial? *Sociologia*. v. 49. No. 6, 2017.

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

WEINSTEIN, James. *Hate Speech Bans, Democracy, and Political Legitimacy*. University of Minnesota Law School. Retrieved from the University of Minnesota Digital Conservancy. 2017. p.536.

YONG, Caleb. Does Freedom of Speech include Hate Speech? *Res Publica*. 17. 2011. p. 385–403